

## Precedente giudiziale e giurisprudenza costituzionale

SOMMARIO: 1. Il concetto di precedente: definizione, struttura e funzioni. – 2. *Common law* e *civil law*: due diversi modi di guardare al precedente? – 2.1. Inghilterra. – 2.2. U.S.A. – 2.3. Europa continentale. – 2.4. Italia. – 3. Alla ricerca del valore del precedente nel nostro ordinamento giuridico. – 3.1. Il diritto positivo. – 3.2. La giurisprudenza. – 3.3. Conclusioni. – 4. Precedente giudiziale e giustizia costituzionale. – 5. Funzioni del precedente nella giurisprudenza costituzionale. – 6. La Corte costituzionale di fronte al proprio precedente. – 7. Profili ricostruttivi e osservazioni conclusive.

1. – Il più autorevole dei dizionari della lingua italiana dopo aver attribuito al *significante* «precedente» il *significato* di «anteriore nel tempo» specifica come nel linguaggio giuridico esso significhi «decisione data in passato, più o meno autorevole o vincolante nei confronti di un caso identico o simile» <sup>(1)</sup>. Da questa definizione si possono trarre quasi tutti gli elementi che servono per condurre questo discorso introduttivo: perché si possa parlare di precedente occorrono almeno due differenti decisioni, emesse in successione nel tempo, aventi ad oggetto casi identici o analoghi <sup>(2)</sup>.

È importante dunque chiarire che cosa si intende quando si fa riferimento al sostantivo decisioni e delimitare, per quanto possibile, quando si sia in presenza di un caso identico o analogo se si vuole mettere in luce l'ambito in cui ha senso fare riferimento alla nozione di precedente: per ciò che concerne il primo problema, gli autori che si sono impegnati maggiormente nell'indagare i termini della questione hanno fatto notare come la nozione comunemente accettata di «decisione» (quando si discute di efficacia di precedente) faccia riferimento soltanto alle questioni di diritto risolte nelle sentenze emesse in sede di giurisdizione contenziosa, spesso con riguardo alle sole sentenze emesse dai tribunali supremi <sup>(3)</sup>, e

---

<sup>(1)</sup> DEVOTO - OLI, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1990. Sulla distinzione tra *significante* e *significato* v. BARTHES, *Elementi di semiologia*, Torino, 1966, in particolare la sezione II.

<sup>(2)</sup> MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, p. 871, lo definisce «decisione giudiziaria anteriore, considerata nel suo valore orientativo rispetto all'attuale giudizio, in ordine alla stessa questione o ad altra che renda utile un raffronto».

<sup>(3)</sup> GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 2, che propone invece di

che l'espressione «precedente» è usata dai giuristi anglosassoni «per indicare il principio di diritto (*ratio decidendi*) che è stato applicato da un giudice per decidere un caso analogo a quello su cui ora lo stesso o un altro giudice deve pronunciarsi» <sup>(4)</sup>.

Possiamo quindi considerare decisione quella parte della sentenza che riguarda la soluzione delle questioni giuridiche che emergono dalla controversia, anche se non tutte avranno la medesima importanza come precedente; si suole distinguere, a tal proposito, fra *ratio decidendi* e *obiter dictum*: per *ratio decidendi* si deve intendere la decisione delle questioni giuridiche necessarie alla risoluzione del caso in questione, «la ragione autonoma, indipendente, distinta dalle altre, sufficiente da sola a sorreggere logicamente e giuridicamente la decisione» <sup>(5)</sup>; grazie alla diretta relazione con la fattispecie concreta da risolvere essa potrà essere utilizzata per risolvere un caso successivo simile o analogo. Per *obiter dictum* si intende invece la risoluzione di questioni giuridiche non necessarie per decidere, l'argomentazione *ad abundantiam*, «i principi di diritto enunciati dalla sentenza in modo incidentale» <sup>(6)</sup>, quella questione giuridica prospettata in via ipotetica e risolta nel discorso argomentativo della motivazione: non avendo una relazione diretta con i fatti della causa non potrà (di regola) valere come precedente, anche se potrà preannunciare una giurisprudenza futura su altre liti in cui tali questioni giuridiche prospettate e risolte in via ipotetica vengano a qualificare i fatti di cui si discute <sup>(7)</sup>.

---

estendere «il concetto e l'ambito del 'precedente giudiziale'... alle 'decisioni' dei tribunali di ogni specie e giurisdizione, e di ogni istanza, con riguardo alle questioni che vi si trattano, siano esse 'questioni di diritto' o 'questioni di merito'». Cfr. anche l'ampia e pregevole ricostruzione di SARTOR, *Precedente giudiziale*, in *questa rivista*, 1995, p. 1300 ss.

<sup>(4)</sup> PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, p. 525.

<sup>(5)</sup> NANNI, *Ratio decidendi e obiter dictum nel giudizio di legittimità*, in *questa rivista*, 1987, p. 865 ss. V. anche MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 885.

<sup>(6)</sup> GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *questa rivista*, 1985, p. 701 ss., che cita ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 249 ss., secondo cui l'*obiter* sarebbe «lo svolazzo dottrinario dell'estensore». Nello stesso senso PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 526, secondo cui si tratta delle «argomentazioni agiuntive od esemplificative svolte nella motivazione». NANNI, *Ratio decidendi*, cit., lo definisce come «tutto ciò che il giudice ammette in via concessiva, quando ipotizza l'erroneità della soluzione data in fatto ad una questione preliminare».

<sup>(7)</sup> GORLA, *Precedente*, cit., p. 10 ss. Per MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 885, in una posizione «intermedia fra le *rationes decidendi* e gli *obiter dicta* stanno le argomentazioni *ad abundantiam* e in particolare le *rationes decidendi* alternative, cioè lo svolgimento di due o più serie di argomenti ciascuna delle quali autonomamente idonea a sostenere una data conclusione». In dottrina non mancano però voci tendenti a smorzare il significato della di-

Chiarito che cosa si intende quando si parla di decisione, occorre cercare di mettere a fuoco l'altro termine del problema, ossia quando si sia in presenza di un'identità o di una somiglianza che renda legittima (o doverosa) l'applicazione della *ratio decidendi* desunta dal caso precedente; impresa non semplice, dal momento che proprio l'apprezzamento delle somiglianze e delle differenze tra le fattispecie lascia all'interprete una certa libertà nella scelta degli aspetti, degli elementi, delle caratteristiche e dei profili da assumere come termini di riferimento (libertà sulla quale si fonda la tecnica che in *common law* prende il nome di *distinguishing*). Si può sommariamente dire che vi sarà identità qualora la fattispecie concreta presenti tutti gli elementi oggettivi di quella precedente e la controversia abbia ad oggetto l'applicazione delle medesime norme giuridiche; per ciò che attiene invece alla definizione del concetto di somiglianza fra le fattispecie occorre fare riferimento al criterio delle «ragionevoli differenze», in presenza delle quali la fattispecie concreta non dovrà essere considerata analoga e non sarà quindi possibile applicare al caso successivo il principio di diritto dettato in quello precedente.

Per concludere questo discorso introduttivo si deve richiamare l'attenzione sulle principali funzioni che il precedente è chiamato a svolgere: in primo luogo esso ha la funzione di rendere effettivo il principio di eguaglianza «qui inteso come uguaglianza di trattamento (giurisdizionale) di casi simili, cioè delle persone che agiscono in questi casi» <sup>(8)</sup>; in secondo luogo ha la funzione di garantire la certezza del diritto, tramite l'uniformità della giurisprudenza, e quindi di tutelare l'affidamento di chi ha compiuto certi atti o ha tenuto certi comportamenti facendo affidamento sulle precedenti interpretazioni della medesima disposizione; in terzo luogo può servire per verificare la correttezza dell'operato del giudice (che deve giustificare l'eventuale diversa interpretazione e applicazione di una stessa disposizione allo stesso caso); corollario di quest'ultima funzione, può servire a legittimare il giudice agli occhi dei consociati e a rafforzarne l'autorevolezza, grazie alla immagine di coerenza (e quindi di non arbitrarietà) che promana da una serie di decisioni eguali di fattispecie eguali e che porta il cittadino a sentirsi maggiormente garantito. Infine, si potrebbero forse aggiungere la funzione di stimolare il ragionamento giuridico

---

stinzione fra *ratio* e *obiter* partendo dalla constatazione che nel nostro sistema è la massima ad avere valore di precedente (DENTI, *Relazione di sintesi*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988, p. 117). Sulle difficoltà, anche nell'ambito dei sistemi di *common law*, di distinguere nella decisione la *ratio decidendi* dall'*obiter dictum*, v. ZWIEGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992, p. 312.

<sup>(8)</sup> GORLA, *Precedente*, cit., p. 6.

nel senso di renderlo più rigoroso e attento <sup>(9)</sup>, nonché quella di rendere più rapida ed efficiente l'attività del giudice, il quale, una volta riconosciuta l'identità o l'analogia del caso, potrebbe limitarsi a motivare solo in relazione a questi aspetti sfruttando la motivazione contenuta nella precedente decisione <sup>(10)</sup>.

2. – Nell'immaginario giuridico collettivo è radicata, benché ormai da molti anni messa in discussione, l'idea che la distinzione tra il sistema giuridico continentale e quello anglosassone poggia su tale differenza fondamentale: il giudice di *common law*, nel decidere, è vincolato dai precedenti, mentre quello di *civil law* ha la libertà di discostarsene. La realtà, come vi sarà modo di mostrare, è molto più sfumata e spesso tende a creare sovrapposizioni fra i due sistemi. Non è nemmeno corretto parlare schematicamente di due sistemi, dal momento che esistono rilevanti differenze, proprio in punto di dottrina del precedente, tra il sistema americano e quello inglese <sup>(11)</sup>.

### 2.1. – La dottrina del precedente nacque in Inghilterra <sup>(12)</sup> attraverso la

---

<sup>(9)</sup> PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 116, pur non pronunciandosi esplicitamente sul problema del valore del precedente nel nostro sistema giuridico, sembra alludere all'esistenza di un principio generale dell'ordinamento, derivante dal principio di eguaglianza, dal quale sorgerebbe, per gli interpreti, «il dovere di svolgere ragionamenti giuridici coerenti e controllabili», al fine di «costituire un diritto vivente razionale e intimamente coordinato».

<sup>(10)</sup> Altro effetto positivo potrebbe essere il minor carico di lavoro sugli organi giudiziari che potrebbe derivare dal minor numero di impugnazioni, dal momento che una giurisprudenza costante è un disincentivo a impugnare per chi si è visto respingere la domanda giudiziale.

<sup>(11)</sup> MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 882, sottolinea come addirittura nello stesso Regno Unito esistano differenze fra il Galles e l'Inghilterra da una parte, e la Scozia e l'Irlanda del Nord dall'altra. Dell'assenza di un'unità giuridica nell'ambito dei sistemi derivati da quello inglese parlano ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 245 ss.

<sup>(12)</sup> Ma v., in senso parzialmente diverso, PIZZORUSSO, *Effetto di «giudicato» ed effetto di «precedente» delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1976, secondo cui il principio dello *stare decisis* ha carattere universale, giacché l'esigenza che questioni analoghe siano analogamente decise è comune a tutti i sistemi giuridici. Cfr. anche MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, Sezione Civile*, XIV, Torino, 1996, p. 149, dove si legge che «la regola secondo cui casi simili dovrebbero esser decisi in modo simile è un principio di giustizia riconosciuto all'interno di tutta la tradizione giuridica occidentale». GORLA, *Precedente*, cit., p. 4, fa notare come «fra i secoli XVI e XIX, sul continente, sede della *civil law*, i precedenti giudiziari dei tribunali supremi erano (e ancor oggi in Spagna sono) dotati di autorità giuridicamente vincolante, salva agli stessi tribunali supremi, e soltanto ad essi, la facoltà di recederne per gravi ragioni».

secolare prassi giudiziaria<sup>(13)</sup>, ma è solo sul finire del 1800 che venne «codificata» nella sua versione più estrema, ossia quella della *Doctrine of Binding Precedent* o *Doctrine of Stare Decisis*: nel 1898 la *House of Lords*, con la decisione sul caso *London Street Tramways Ltd. v. London County Council*, dichiarò l'esistenza del principio della c.d. vincolatività interna (o vincolo in senso orizzontale)<sup>(14)</sup>, ossia l'obbligo di non discostarsi dai propri precedenti per la stessa corte suprema inglese.

Il vincolo al precedente in senso verticale, cioè il vincolo per le corti subordinate gerarchicamente di non discostarsi dal precedente delle corti superiori, si era già da tempo affermato attraverso il sistema piramidale che caratterizza il sistema delle corti inglesi<sup>(15)</sup>.

Risultato di questo modo di considerare il valore della sentenze dei giudici fu (ed è) il sistema denominato *case-law*, nel quale l'insieme delle decisioni giurisprudenziali costituisce il principale punto di riferimento degli avvocati e soprattutto del giudice: «ogni giudice è obbligato a seguire i precedenti delle corti sovraordinate, e le corti di seconda e successiva istanza (*appellate courts*) sono vincolate dai propri precedenti»<sup>(16)</sup>.

Nella pratica però non sono mai mancate operazioni concettuali (da parte dei giudici inferiori) tendenti a limitare o eliminare l'operatività di un precedente scomodo anche se formalmente vincolante<sup>(17)</sup>: sfruttando la tecnica del *distinguishing* il giudice poteva (e può) sostenere la presenza di una ragionevole distinzione legale tra le relative fattispecie (*reasonable legal distinction*) e considerare non pertinente al caso in questione la precedente statuizione, aggirando in questo modo la regola dello *stare decisis*. Sia la fase della «ricognizione» delle precedenti decisioni che quella del loro studio lasciava (e lascia) ai giudici ampi margini di discre-

---

(13) STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, Milano, 1995, p. 122, secondo il quale «dal XVI secolo in poi, si accentuò sempre di più il valore di precedente delle decisioni rese dalle corti».

(14) *London Street Tramways Ltd. v. London County Council* [1898] AC 375. Cfr. MORETTI, *La dottrina del precedente giudiziario nel sistema inglese*, in *questa rivista*, 1990, p. 680 ss.

(15) Al vertice della giurisdizione c'è la *House of Lords*, i cui precedenti devono essere seguiti da tutte le altre corti di giustizia; immediatamente al di sotto c'è la *Court of Appeal* le cui decisioni vincolano sia la corte stessa che le corti inferiori. Poi abbiamo la *High Court of Justice*, i cui giudici sono vincolati dalle pronunce delle corti superiori ma non da quelle di altri giudici di *High Court*, anche se nella pratica tendono a seguirle. Infine le *County Courts*, vincolate dalle decisioni di tutte le corti superiori ma che non emettono pronunce con valore vincolante.

(16) ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1995, p. 32.

(17) Cfr. ZWEIGERT - KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 312. Per una analitica esposizione delle varie tecniche decisorie dei giudici di *common law* v. MATTEI, *Common law: il diritto anglo-americano*, Torino, 1992, spec. p. 236 ss.

zionalità<sup>(18)</sup>: si tratta di «un procedimento intellettuale che segue alcune regole dell'arte giudiziale, ma che, allo stesso tempo, qui e là risulta permeabile all'influenza consapevole od inconsapevole di giudizi di valore»<sup>(19)</sup>.

È poi possibile che un caso venga valutato come *case of first impression*, cioè come controversia nuova, rispetto alla quale non esistono precedenti: anche attraverso questa via si può smorzare la rigidità della regola del precedente vincolante e si può sfuggire alla sua cogenza<sup>(20)</sup>.

Infine, anche se in casi eccezionali, esiste la possibilità di *overruling*: cioè il potere, riconosciuto ad una corte, di «discostarsi da un precedente interno alla propria giurisdizione e non distinguibile», potere che è ammesso in caso di decisioni palesemente assurde o sbagliate. Non è però possibile per un giudice inferiore discostarsi in questa maniera da un precedente posto da un superiore: egli dunque «applicherà il precedente, sottoponendolo comunque a tali e tante critiche nel corso della sua opinion da invitare il soccombente al gravame, ed inviare in tal modo un messaggio affinché il giudice superiore provveda all'*overruling*». Al di là dei casi estremi (errori palesi o risultati assurdi), negli altri casi «il potere di decidere circa l'esercizio o meno dell'*overruling* risiede interamente nella discrezionalità della corte successiva»<sup>(21)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Per STEIN, *I fondamenti*, cit., p. 124, «se una decisione anteriore costituisce o no precedente viene deciso dal giudice nel caso successivo, e per lui avrà tale valore solo quando i 'fatti essenziali' (*material facts*) delle due controversie sono gli stessi. Quando sono diversi il caso anteriore non è vincolante per il giudice del caso successivo. Pertanto, se quest'ultimo coglie una differenza rilevante nei fatti delle due ipotesi può 'distinguere' la sentenza antecedente, e quindi ignorarla. L'individuazione delle somiglianze e delle differenze nei fatti essenziali è quindi il momento-chiave dell'evoluzione della regola nel *common law*. Quando vuole ampliare la portata di una disposizione applicata in un caso passato, il giudice successivo considererà «non essenziale» qualche fatto che il primo giudice aveva ritenuto importante; quando vuole restringere la norma, accentuerà l'importanza di qualche dato nella fattispecie più antica, considerato invece ininfluenza dal giudice di quella controversia».

<sup>(19)</sup> ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 313. È poi ben possibile che, dato il secolare accumulo di decisioni, si possano trovare sentenze sullo stesso caso divergenti ad opera dello stesso giudice (magari perché al momento della decisione differente non si era riusciti a reperire un precedente): in questi casi la libertà di valutazione del giudice aumenta ulteriormente.

<sup>(20)</sup> Per ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 40, «simili evenienze, pur essendo rare, sono tutt'altro che eccezionali specialmente in una epoca caratterizzata, come quella presente, da rapidi e profondi mutamenti sociali ed economici e da straordinarie innovazioni nel campo della scienza e della tecnica».

<sup>(21)</sup> MATTEI, *Precedente*, cit., pp. 158 e 159, che continua facendo notare come in quest'ultimo caso la situazione sia sostanzialmente analoga a quella che si trova a fronteggia-

La formulazione nella versione più estrema dello *stare decisis*, sostanzialmente volta a negare la possibilità di mutamenti di giurisprudenza anche per l'attività dei tribunali supremi, è stata comunque superata, almeno dal punto di vista teorico, da due pronunce del secolo scorso; nel 1944 la *Court of Appeal* affermò di avere il potere di riformare le proprie precedenti decisioni in tre ipotesi: in primo luogo nel caso in cui il precedente fosse in conflitto con una decisione anteriore della stessa Corte; in secondo luogo qualora esso fosse incompatibile con una pronuncia della *House of Lords*; infine quando si fosse in presenza di una decisione presa *per incuriam*, cioè non tenendo conto di una *rule of law* posta giudizialmente o legislativamente.

Nel 1966 la *House of Lords*, con il *Practice Statement 28* <sup>(22)</sup>, solenne pronunciamento del *Lord Chancellor Gardiner* a nome di tutti i *Lords*, tornò sulla questione della vincolatività interna per affermare la possibilità di *overruling*: pur continuando a considerare le proprie precedenti decisioni come normalmente vincolanti, la suprema corte se ne sarebbe discostata qualora ciò fosse apparso giusto (*when it appears right to do so*) <sup>(23)</sup>. L'annuncio riguardava solo l'uso del precedente da parte della *House of Lords*: i tentativi di estenderne la portata all'attività della *Court of Appeal* non hanno prodotto nessuna modificazione rispetto ai criteri fissati dalla decisione del 1944.

Anche se i casi di abbandono dei precedenti da parte delle supreme magistrature britanniche sono rimasti assai rari, le pronunce richiamate hanno grande significato per l'analisi che si sta svolgendo: non solo dal punto di vista della prassi dei giudici di *common law*, ma anche a livello teorico, la dottrina dello *stare decisis* non presenta quelle rigidità estreme che l'immaginario giuridico collettivo vorrebbe attribuirle.

2.2. – Nel sistema statunitense la regola dello *stare decisis* è sempre stata applicata con molta più flessibilità <sup>(24)</sup>: sin dagli albori, a causa della necessità di adattare la *common law* inglese alle diverse esigenze delle nuove ed eterogenee comunità americane <sup>(25)</sup>, le corti superiori e, special-

---

re un giudice di *civil law*. Cfr. su tutti i temi accennati SARTOR, *Precedente*, cit., spec. p. 1335 ss.

<sup>(22)</sup> Una dichiarazione di procedura, non una pronuncia giudiziale.

<sup>(23)</sup> Sul punto cfr. ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 36 ss.

<sup>(24)</sup> Per non parlare poi degli altri sistemi «figli» della *common law* britannica: quello scozzese, quello canadese, ecc.; v. sul punto ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 245 ss. e p. 267 ss.

<sup>(25)</sup> ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 291: «si riconosceva inoltre che il *common law* inglese non poteva essere applicato, se non fosse stato compatibile alla situazione locale delle colonie».

mente, la Corte Suprema Federale <sup>(26)</sup> trattarono il problema con maggiore elasticità; nello stesso senso spinsero le scarse capacità delle assemblee legislative dei vari Stati di dare risposte ai rapidi e complessi mutamenti sociali, compito questo che venne assolto direttamente dai giudici. Il risultato, partendo da queste premesse, fu uno «straordinario ingigantirsi della massa dei precedenti e il proliferare di decisioni contrastanti», cosa questa che ha determinato «uno stato di confusione e di incertezza, una effettiva impossibilità di conoscenza completa della giurisprudenza», che ha contribuito in maniera decisiva al «pratico attenuarsi della rigidità del vincolo al precedente» <sup>(27)</sup>.

Altro elemento importante (e di grande differenziazione rispetto al sistema inglese) che ha portato a un'utilizzazione più flessibile della regola del precedente, fu (ed è) la presenza di una costituzione scritta di tipo rigido e l'esistenza del controllo di costituzionalità delle leggi esercitato dalla Corte Suprema Federale <sup>(28)</sup>: nello sforzo di provvedere al necessario adattamento della Costituzione americana alle continue e profonde trasformazioni sociali avvenute nel corso della storia statunitense, la Corte ha finito per considerare la regola dello *stare decisis*, specie nei *constitutional cases*, «una saggia direttiva», piuttosto che «un comando universale ed inesorabile» <sup>(29)</sup>.

Infine, una differenza non trascurabile tra i due diversi sistemi di *common law* è la possibilità di dichiarare il mutamento di giurisprudenza per il futuro: negli U.S.A., attraverso la *prospective overruling*, si decide il caso in esame conformemente ai precedenti in materia (per tutelare l'affidamen-

---

<sup>(26)</sup> Nel sistema americano la regola del precedente si applica nell'ambito di ciascuna gerarchia giudiziaria: le corti statali sono vincolate alle decisioni della Corte Suprema dello Stato per ciò che attiene al diritto statale; i tribunali federali sono vincolati alle decisioni della Corte Suprema Federale per quanto riguarda il diritto federale. La Corte Suprema Federale vincola però tutte le corti, statali o federali che siano, dal momento che è giudice di ultima istanza (su tutte le questioni, anche quelle di costituzionalità).

<sup>(27)</sup> ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 46.

<sup>(28)</sup> Nato, come è noto, proprio dalla giurisprudenza della Corte Suprema nel 1803 in occasione del caso *Madison v. Marbury*. Così come limpidamente dichiarato dal giudice Marshall, «o la costituzione è la legge suprema imm modificabile con i mezzi ordinari, oppure è allo stesso livello delle leggi ordinarie e, come queste, è modificabile ogniquale volta piaccia al legislatore ... il principio valido in questo caso come in ogni altro regime a costituzione scritta deve essere che un atto del potere legislativo contrastante con la costituzione è nullo».

<sup>(29)</sup> ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 47; le virgolette, presenti nel testo, si riferiscono alla concezione del giudice Brandeis, espressa in un'opinione dissenziente nel caso *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, divenuta poi una pietra miliare nella dottrina americana del precedente.



to), ma contemporaneamente si annuncia che un futuro caso identico o simile sarà risolto secondo un'altra regola di diritto <sup>(30)</sup>.

Nonostante la dottrina dello *stare decisis* conservi tutta la sua autorità, teoricamente, nei confronti dell'attività delle corti inferiori, i giudici «si trovano di fronte a una giurisprudenza che presenta, in confronto a quella inglese, una maggiore elasticità e variabilità, e consente quindi una ben più ampia libertà di movimento. Il referente che si viene così ad assumere è dato, più che dai singoli *precedents*, dal quadro degli orientamenti giurisprudenziali emersi su una data questione» <sup>(31)</sup>. Il riferimento al precedente continua comunque ad essere «il punto di partenza obbligato, il passaggio tipico e costante dell'*iter* decisorio, mentre i casi di vero e proprio *overruling* di propri precedenti costituiscono, anche presso la stessa Corte Suprema, un numero pur sempre limitato rispetto alla complessiva massa delle pronunzie» <sup>(32)</sup>.

Il rapido esame della situazione del diritto americano conferma quanto già si poteva desumere dall'analisi del sistema inglese: tanto a livello teorico quanto a livello pratico non esiste quella rigidità e incomunicabilità fra i sistemi che non consentirebbe la comparazione <sup>(33)</sup>; anzi, l'elasticità nell'utilizzazione del precedente si manifesta negli U.S.A. in maniera ancor più chiara.

2.3. – Nei sistemi di *civil law*, se da una parte è vero che non è stata mai espressamente formulata una regola analoga a quella dello *stare decisis*, dall'altra il legislatore manifesta favore o quanto meno neutralità verso la prassi del precedente <sup>(34)</sup>. Nella pratica, una decisione di un tribunale supremo «sarà rispettata dai Tribunali inferiori nella stessa misura in

---

<sup>(30)</sup> Cfr. STEIN, *I fondamenti*, cit., p. 126.

<sup>(31)</sup> MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 844, che così prosegue: «d'altra parte, il variegato complesso delle leggi e delle giurisdizioni porta a una grande diversificazione delle tesi di giurisprudenza e dottrina; sicché non è raro potervi fare appello per soluzioni diverse, o magari opposte, dello stesso caso».

<sup>(32)</sup> ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 54.

<sup>(33)</sup> Anche ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 53, che nel suo lavoro sostiene l'inesistenza nel nostro ordinamento di un dovere giuridico di seguire i precedenti (al contrario di quanto si cercherà qui di sostenere, nella scia dell'intuizione di Gorla), riconosce che la regola dello *stare decisis* nella forma assolutamente rigida, pedissequa e meccanica che si è soliti attribuirle, non è mai esistita nemmeno nell'ambito della *common law*.

<sup>(34)</sup> Cfr. MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 876, che ricorda anche che «un esplicito riconoscimento del valore giuridico si ha, ad esempio, nell'art. 1, comma 3°, c.c. svizzero, che prescrive al giudice di attenersi alla dottrina e alla giurisprudenza, e nell'art. 1, comma 6°, *código civil* spagnolo, che, nel vigente testo novellato, prevede come fonte di completamento del sistema normativo la giurisprudenza consolidata della corte suprema».

cui lo sarà la decisione di un giudice d'appello americano od inglese» <sup>(35)</sup>, per cui la situazione, pur partendo il diritto continentale da premesse teoriche differenti, risulta spesso identica a quella che si verifica in *common law* <sup>(36)</sup>: i giudici, attraverso le loro decisioni, creano un complesso di diritto a sé stante, accessorio al diritto codificato. Le decisioni importanti vengono riportate, studiate e commentate, e in genere sono seguite nei casi successivi <sup>(37)</sup>.

È però vero che mentre il giurista continentale è abituato ad elaborare la norma da applicare al caso concreto in esame deducendola in via di successive specificazioni da regole e principi più generali che trova scritti nei codici, nelle leggi, ecc., il giurista anglosassone tende ad elaborare la norma stessa induttivamente, muovendo dal raffronto fra il caso attuale ed altri simili e considerando le soluzioni che a questi sono state date in passato <sup>(38)</sup>.

Questo retroterra culturale è la base delle differenze stilistiche che contraddistinguono le decisioni emesse dai giudici continentali rispetto a quelle dei giudici di *common law*: ad esempio, pur operando spesso e volentieri nella medesima maniera, «nelle loro sentenze, scritte in una forma altamente stilizzata, le corti francesi 'motivano' le proprie decisioni solo attraverso il riferimento agli articoli del codice, e la Corte Suprema

---

<sup>(35)</sup> ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 315. Nello stesso senso BIN, *Precedente giudiziario*, «ratio decidendi» e «obiter dictum», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 1004.

<sup>(36)</sup> Per PALADIN, *Le fonti*, cit., p. 120, «il carattere 'diffuso' del potere e dell'ordine giudiziario, dovuto alla reciproca indipendenza dei singoli giudici, non esclude affatto – ma anzi di regola comporta – che si formino precedenti così persuasivi da essere largamente osservati e riaffermati: tanto da produrre interpretazioni consolidate, anche nell'ambito degli ordinamenti continentali europei come quello italiano».

<sup>(37)</sup> Cfr. STEIN, *I fondamenti*, cit., p. 139, che non nasconde comunque le differenze ancora esistenti: «il primo dovere della corte è di applicare le norme del codice, che in teoria è il solo diritto vero ed include tutta la disciplina della materia». MATTEI, *Precedente*, cit., p. 159, ricorda come «fra gli esempi più appariscenti di creazione pretoria troviamo in Francia l'*Astreinte* ed i *troubles de voisinage*; in Germania il risarcimento del danno per lesione dell'onore; in Italia il danno biologico». Dello stesso avviso ALPA, *La creatività della giurisprudenza*, in *I precedenti. La formazione giurisprudenziale del diritto civile*, tomo I, Torino, 2000, p. 7, secondo il quale «vi sono interi settori dell'ordinamento, e in particolare dell'ordinamento privatistico, in cui le regole di codice costituiscono un mero punto di riferimento o addirittura un supporto marginale»; indica poi le aree dei diritti della personalità e della responsabilità civile come significative in questo senso.

<sup>(38)</sup> Cfr. PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 527, che mette in evidenza le matrici storico-sociali della differenza: grande prestigio dei giudici in Inghilterra, diffidenza verso i giudici dell'età dell'assolutismo sul continente. Cfr. anche ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 86, e STEIN, *I fondamenti*, cit., p. 126.

(*Cour de Cassation*) non cita mai le sentenze anteriori» <sup>(39)</sup>; il dogma del giudice *bouche de la loi*, sconfitto ormai a livello sostanziale, dal momento che l'edizione annuale del codice francese pubblica dopo ogni articolo i riferimenti alla giurisprudenza rilevante <sup>(40)</sup>, si prende una parziale rivincita a livello formale, specialmente con riferimento allo stile delle sentenze dei tribunali supremi <sup>(41)</sup>. Questo può avvenire anche perché i fatti della causa vengono riportati nella motivazione in modo superficiale o non vengono riportati affatto: e questa è sicuramente una differenza di non poco conto rispetto ai sistemi di *common law*, dove i giuristi (sia i giudici che gli avvocati) sono abituati a mettere al centro delle loro elaborazioni proprio gli aspetti fattuali del caso per determinare la portata della regola di giudizio <sup>(42)</sup>.

Nel diritto tedesco si ritrova invece «una minuta regolamentazione di ipotesi in cui le divergenze interpretative interne ed esterne, ossia le difformità dall'orientamento assunto in seno allo stesso organo giudiziario (*Innendivergenz*), o da altro organo giudiziario (*Außendivergenz*), vanno preventivamente sottoposte a istanze collegiali allargate o superiori» <sup>(43)</sup>. Grazie a una più pronta evoluzione culturale, inoltre, si sono da tempo riconosciuti i margini entro i quali si può parlare di «creazione del diritto»

---

<sup>(39)</sup> STEIN, *I fondamenti*, cit., p. 140.

<sup>(40)</sup> STEIN, *I fondamenti*, cit., p. 140, che fa anche notare come «nei repertori di giurisprudenza, la sentenza di solito è seguita da una 'nota' spesso scritta da un giurista accademico, che ne spiega criticamente il significato in rapporto ad altre decisioni, con l'obiettivo di tracciare la direzione nella quale il diritto appare incanalato».

<sup>(41)</sup> Anche questo modo di operare dei tribunali supremi non è casuale, ma ha precise origini storiche e filosofiche: «le sentenze dei Tribunali superiori dei sistemi continentali si basano a volte sulle tradizioni tipiche degli Stati autoritari del secolo passato: si deve trattare di un atto anonimo dello Stato, tendente a dimostrare la supremazia della legge al suddito bisognoso di autorità; esso non deve perciò lasciare trasparire che il giudice non prende la sua decisione grazie ad operazioni basate sulla mera logica» (ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 318).

<sup>(42)</sup> Cfr. ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 317, i quali evidenziano la causa di questo atteggiamento, che è prima di tutto di origine culturale: «i giudici - in Italia ed in Francia molto più che in Germania - sono ancora influenzati dalle concezioni positivistiche del diritto, in base alle quali la decisione di un caso non significa nient'altro che 'l'applicazione' di una determinata norma giuridica ai fatti della causa in forza di un atto di sussunzione». Per MATTEI, *Precedente*, cit., p. 159, nei sistemi di *common law*, «il giudice per formazione culturale si sente obbligato a seguire il precedente»; inoltre, «ciò che cambia da un sistema all'altro sono i fattori culturali e strutturali che rendono più o meno agevole per il giudice successivo esercitare un controllo critico» sulle decisioni precedenti (p. 167).

<sup>(43)</sup> MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 879. Cfr. MATTEI, *Precedente*, cit., p. 150. Anche i due senati in cui è diviso il *Bundesverfassungsgericht* devono osservare questa regola: nel caso in cui vogliano andare contro il precedente dell'altro devono provocare una decisione plenaria.

per ciò che attiene all'attività giurisprudenziale: questo ha permesso l'emergere di uno stile delle sentenze e dei repertori che ha favorito l'uso dei precedenti nell'argomentazione giuridica e nelle elaborazioni dottrinali <sup>(44)</sup>.

In Spagna esiste espressamente un motivo di impugnazione teso a valorizzare il precedente: il codice di procedura civile considerava errore di diritto per una corte inferiore il discostarsi dalla *doctrina legal*, ossia la presenza di due decisioni conformi della Suprema corte su un dato punto; attraverso questa disposizione (ma nel diritto spagnolo il principio a cui essa si ispira è presente almeno dal XVI secolo) si è così instaurato un vincolo al precedente in senso verticale. Nonostante si sia abbandonata la locuzione *doctrina legal* (il codice – art. 1, comma 6° – parla oggi di *jurisprudencia*, facendo riferimento a orientamenti consolidati), la situazione è formalmente sempre la stessa, essendo possibile il ricorso per cassazione per violazione dei principi enunciati dalla S.C. Tutte le sentenze della Cassazione vengono integralmente pubblicate e il valore del precedente risulta dunque avere un fondamento giuridico ben solido, fondamento ulteriormente rafforzato dalla giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*, dove il vincolo al precedente è visto come derivante dal principio di eguaglianza <sup>(45)</sup>.

2.4. – Anche in Italia la pratica forense non potrebbe essere pensata, soprattutto in alcuni settori, senza la presenza del riferimento ai prece-

---

<sup>(44)</sup> Cfr. STEIN, *I fondamenti*, cit., p. 140. Sul dibattito nella dottrina tedesca, con accenni al pensiero di Alexy e Kriele, v. SARTOR, *Precedente*, cit., p. 1351 ss.

<sup>(45)</sup> Cfr. MATTEI, *Precedente*, cit., p. 150, che parla poi anche dei sistemi dell'Argentina, del Messico e del Brasile dove vigono meccanismi simili. V. anche SARTOR, *Precedente*, cit., p. 1331, dove viene richiamata la posizione del *Tribunal Constitucional*: per il giudice delle leggi spagnolo, dal principio di eguaglianza deriva l'esigenza che l'organo giurisdizionale non modifichi arbitrariamente la propria precedente linea giurisprudenziale. Sarebbe dunque necessaria una motivazione sufficiente e ragionevole della necessità di applicare una diversa *ratio* al medesimo caso. Una pregevole analisi di tale giurisprudenza, con indicazione di sentenze di particolare importanza, è contenuta in GASCON ABELLAN, *In merito alla giurisprudenza del Tribunal Constitucional spagnolo sull'obbligo dei giudici di rispettare il proprio precedente: una esigenza dell'argomentazione razionale*, in *Giur. it.*, 1993, V, c. 554 ss.: l'a. pone l'accento sulla funzione di controllo della razionalità della decisione che può essere assolta dall'autoprecedente, cioè dall'obbligo di prendere in considerazione il proprio precedente e di non discostarsene se non in presenza di serie ragioni, sulle quali è necessario ben argomentare (anche in questa analisi è presente l'influenza della teoria dell'argomentazione giuridica di Alexy). Nel diritto spagnolo, inoltre, anche le sentenze di rigetto del *Tribunal Constitucional* hanno efficacia generale e, quindi, valore di precedente vincolante (v. art. 164 Cost. e art. 40 l. organica).

denti del nostro tribunale supremo <sup>(46)</sup>. Nel nostro ordinamento giuridico però, al posto della sentenza e della sua *ratio*, sono le massime ad essere utilizzate in funzione di precedente <sup>(47)</sup>.

Parte della dottrina ha espresso preoccupazione dal momento che non è l'estensore della sentenza a occuparsi della massimazione, ma l'apposito ufficio della Corte di Cassazione, con conseguente rischio di travisamento della motivazione, cosa che può portare dei semplici *obiter* a divenire massime, anche perché si distaccano i precetti contenuti nella sentenza dal caso per risolvere il quale essi sono stati emanati; questo ufficio risulta inoltre sottodimensionato rispetto ai compiti che sono ad esso affidati e ciò fa aumentare le probabilità che si verifichino errori nella redazione della massima <sup>(48)</sup>. Tutti i rischi messi in evidenza vengono moltiplicati dai moderni metodi di divulgazione della giurisprudenza, che possono portare alla proliferazione incontrollata di massime che ormai vivono «di vita propria» <sup>(49)</sup>. Inoltre, la maggior parte delle decisioni della Corte di Cassazione vengono pubblicate solo sotto forma di massime, rendendo perciò praticamente impossibile la presa in considerazione dei fatti della causa al fine di valutare l'effettivo raggio d'azione della massima stessa <sup>(50)</sup>.

---

<sup>(46)</sup> V. GALGANO, *L'interpretazione*, cit., p. 701.

<sup>(47)</sup> Cfr. GALGANO, *L'interpretazione*, cit., p. 702. Nello stesso senso DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *questa rivista*, 1986, p. 780, secondo cui «in un sistema in cui le difese lavorano sui tabulati sfornati dalle stampanti dei terminali collegati con il CED della Cassazione, e i collegi della Suprema Corte decidono sulla base dei 'foglietti del massimario', non c'è dubbio che le massime – elaborate bene, elaborate male – hanno un notevole valore di precedente, per il solo fatto di esistere». Cfr. anche MARINELLI, *Precedente*, cit., pp. 890-893.

<sup>(48)</sup> GENGHINI, *Il punto di vista del magistrato di Cassazione*, in *questa rivista*, 1988, p. 533, ricorda che «i magistrati dell'ufficio del massimario sono gli stessi di quando è nato il massimario, massimavano mille, poi duemila, poi tremila, oggi dodicimila sentenze» ed evidenzia come questo sia «un compito totalmente impari rispetto alle loro forze». GALGANO, *L'efficacia vincolante del precedente di Cassazione*, in *questa rivista*, 1999, p. 895, avverte che da tempo l'ufficio del massimario fornisce i precedenti solo alle Sezioni unite e che ogni anno aumenta il numero delle sentenze non massimate. Il procuratore generale della Cassazione, FAVARA, nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2004*, tenuta a Roma l'11 gennaio 2005 (consultabile al sito [www.cittadinolex.kataweb.it](http://www.cittadinolex.kataweb.it)), informa che l'organico dell'Ufficio del massimario ha attualmente 8 posti vacanti su 52.

<sup>(49)</sup> Cfr. PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 539, che mostra preoccupazione per le conseguenze di questo modo di procedere, i cui effetti negativi possono essere amplificati dall'accelerazione tecnologico-informatica degli ultimi anni.

<sup>(50)</sup> Cfr. ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 318, i quali fanno notare che le «massime sono conosciute come 'headnotes' anche nei paesi di *common law*, ma qui servono al giudice solo come prima indicazione di quello che probabilmente sarà il contenuto di una decisione, il cui esame approfondito non è mai considerato superfluo».

Si sono dunque proposte alcune soluzioni per rimediare a questa situazione, giudicata lesiva della certezza del diritto, tese a razionalizzare la divulgazione della giurisprudenza e a consentire così al singolo di valutare con maggiore obbiettività le probabilità di vittoria in una causa: in primo luogo, «la massima dovrebbe rappresentare la *ratio decidendi*»<sup>(51)</sup> della sentenza; bisognerebbe poi indicare, per ogni massima, qual è il caso di specie al fine di inquadrare la *ratio* nella questione in vista della risoluzione della quale essa è stata emanata<sup>(52)</sup>. Per raggiungere questo tipo di risultato sarebbe opportuno che la massima così estrapolata fosse redatta dallo stesso giudice che si occupa della formulazione della motivazione della sentenza.

Alcuni si sono spinti fino a proporre una rimeditazione complessiva del meccanismo, argomentando anche a partire dalle nuove possibilità aperte dagli sviluppi dell'informatica, proponendo di trasformare le massime in «*abstracts*, cioè sintesi del giudizio, redatte con la tecnica della massimazione», che dovrebbero indicare «congiuntamente fattispecie e regola di diritto applicata» e distinguere «le affermazioni di principio incidentali, che non sono entrate a far parte della decisione»<sup>(53)</sup>.

Altri, più radicalmente, propongono anche la pubblicazione integrale delle sentenze del nostro tribunale supremo, nella scia dell'esempio spagnolo, per dar modo, agli studiosi e agli operatori pratici, di lavorare sui fatti della causa così come avviene in *common law*.

Al di là della questione della massimazione, le oscillazioni giurisprudenziali della Cassazione sono causate anche dalla sua struttura e dalla imponente mole di ricorsi che giungono ad essa: la S.C. non può dunque avere quella composizione ristretta e unitaria che permetterebbe un più ottimale svolgimento della funzione di nomofilachia; ed è un dato incontrovertibile che quanto «maggiore è il numero dei giudici addetti all'organo, tanto più numerosi sono i collegi giudicanti e maggiore è la possibilità che le stesse questioni di diritto siano decise contraddittoriamente»<sup>(54)</sup>.

---

(51) GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, c. 87. Nello stesso senso GALGANO, *Dei difetti*, cit., p. 506, secondo cui «oggi si avverte tutta l'importanza di poter rapportare le massime alle sentenze, di poter controllare se le prime effettivamente corrispondono alla *ratio decidendi* delle seconde».

(52) Cfr. DE NOVA, *Sull'interpretazione*, cit., p. 781, che riporta un chiaro e significativo esempio.

(53) SBISÀ, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, in *questa rivista*, 1988, p. 523, il quale suggerisce pure di integrare la motivazione, quando si affrontano temi nuovi o si prospettano soluzioni nuove, dando conto degli aspetti maggiormente discussi per arrivare alla decisione.

(54) CAPONI - PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001, p. 41,

Per diminuire il numero dei magistrati occorrerebbe limitare le possibilità di ricorrere in Cassazione, valorizzando l'appello e dando la possibilità alla S.C. di «selezionare i ricorsi su cui pronunciarsi, sulla base del grado di interesse generale da essi coinvolto» <sup>(55)</sup>.

Nonostante questi problemi che emergono dalla prassi, che possono essere trattati solo per cenni, si può concludere che «il precedente è fenomeno estremamente diffuso, presente e importante anche negli ordinamenti di *civil law*» <sup>(56)</sup>, pur con le differenze evidenziate nel modo di

---

che propongono come modello ottimale «una Corte composta da un numero ristretto di magistrati (dieci o quindici), che si riunisca e decida sempre nella stessa composizione». Nello stesso senso FAVARA, *Relazione*, cit., p. 38, secondo cui la Corte dovrebbe essere composta da un minor numero di magistrati selezionatissimi. L'attuale situazione comporta «difficoltà di adempiere alla funzione di nomofilachia assegnata alla Corte di cassazione, con frequenti contrasti (anche nell'ambito della stessa sezione) tra le sezioni semplici e le sezioni unite e lo scadimento del livello qualitativo delle sentenze» (p. 39).

<sup>(55)</sup> CAPONI - PROTO PISANI, *Lineamenti*, cit., p. 42, che mettono in evidenza le difficoltà frapposte a tale soluzione dalla presenza dell'art. 111, comma 7°, Cost., di cui si propone una revisione; fanno inoltre notare come anche la facilità con cui la Corte disattende i propri precedenti sia una delle concause dell'alto numero dei ricorsi. FAVARA, *Relazione*, cit., p. 38, sottolinea che, di fronte a un numero crescente di ricorsi (oltre 70.000 l'anno), «sarebbe necessaria una serie di filtri diretti a selezionare l'accesso alla Corte»; inoltre, «per ovviare all'indiscriminato accesso di ricorsi alla S.C. si potrebbe, come già segnalato nelle precedenti relazioni, pensare di imporre all'avvocato che propone il ricorso di formulare un preciso quesito di diritto, la cui soluzione viene rimessa alla corte di legittimità, così da consentire a questa di fornire una risposta tecnica essenziale, senza doversi dilungare in risposte argomentate alle varie doglianze proposte dai ricorrenti».

<sup>(56)</sup> TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 411 ss., che sostiene la necessità di formulare una teoria del precedente che aspiri ad essere generale, dal momento che «il precedente esiste in ordinamenti storicamente e strutturalmente diversi, e che esso presenta caratteri diversi nei vari ordinamenti. Tale teoria dovrebbe servirsi di concetti ampi e differenziati, capaci di ricondurre a relativa unità fenomeni che presentano molteplici peculiarità» (p. 415). E soprattutto mette in rilievo come «il problema dell'efficacia del precedente non può dunque ridursi alla semplice alternativa tra efficacia vincolante e non vincolante. Occorre invece ipotizzare una scala composta da vari gradi di efficacia del precedente». Sull'avvicinamento progressivo dei due sistemi v. ZWERTGERT-KÖTZ, *Introduzione*, cit., p. 86. V. anche P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 32 (2003), Milano, 2004, p. 45, secondo cui «il ruolo del giudice si è ingigantito; è facile constatazione che istituti nodali del vivere civile, fuori delle secche di un legislatore troppo lento e anche troppo distratto, hanno avuto e stanno tuttora avendo una formazione giudiziale (e anche dottrinale): l'esempio della responsabilità civile, specchio fedele degli attuali rivolgimenti con le sue frontiere mobilissime, ci si presenta come davvero emblematico. E la stessa civilistica italiana più sensibile si interroga da tempo sul valore del 'precedente', trapiantando con disinvoltura una mentalità peculiare a un pianeta ritenuto fino a poco tempo fa distante ed alieno come il *common law*».

estrapolarlo e nel modo di divulgarlo; sempre più diffusamente, ai fini di prevedere la futura decisione del giudice, gli operatori più che «cercare una risposta nei codici, nelle raccolte delle leggi», vanno «a cercarla nei repertori di giurisprudenza» <sup>(57)</sup>.

E se da un lato il valore del precedente giudiziale nel nostro sistema può essere osservato e colto come elemento di fatto, trattandosi di «una realtà indiscutibile, di agevole e sicura rilevazione sociologica» <sup>(58)</sup>, occorre ora fare un passo ulteriore.

3. – Dopo aver verificato come i diversi sistemi giuridici, di fatto, pur partendo da diverse premesse <sup>(59)</sup>, giungano spesso a risultati analoghi per ciò che concerne il valore del precedente, occorre ora domandarsi se, anche a livello formale, il diritto italiano possa giustificare questa analogia.

Nel nostro ordinamento sono presenti disposizioni che suggeriscono prospettive interpretative diverse per ciò che attiene al ruolo della giurisprudenza come base dell'attività interpretativa e decisionale del giudice: un'analisi che si basasse solamente sulla dottrina tradizionale della gerarchia delle fonti metterebbe in evidenza che la giurisprudenza non è annoverata tra le fonti del diritto dall'art. 1 disp. ott. Il giudice, nel decidere, sarebbe unicamente vincolato all'applicazione delle fonti interpretate secondo i canoni ermeneutici desumibili dal Capo II delle Preleggi; inoltre, tra le regole stabilite per l'interpretazione della legge non si rinvergono neppure criteri che consentano al giudice di operare un riferimento alla giurisprudenza per chiarire il significato di una disposizione (o di una norma) o colmare un'eventuale lacuna <sup>(60)</sup>. In questa ottica non può che as-

---

<sup>(57)</sup> GALGANO, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in *questa rivista*, 1988, p. 505.

<sup>(58)</sup> BIN, *Funzione uniformatrice*, cit., p. 545.

<sup>(59)</sup> Pur nella diversità di premesse teoriche e metodologiche, l'obiettivo perseguito nei sistemi di *common law* è il medesimo del diritto continentale (anche se nel nostro sistema si è cercato di realizzarlo attraverso la legislazione generale e astratta), come risulta da questo limpido scritto di Park, citato in BIN, *Il precedente giudiziario*, Padova, 1995, p. 41 ss.: «il nostro sistema di *common law* consiste nell'applicare alle nuove fattispecie le regole di diritto che noi giudici deriviamo dai principi giuridici e dai precedenti giudiziari; e allo scopo di garantire l'uniformità, la coerenza e la certezza del diritto noi dobbiamo applicare quelle regole, purché non siano chiaramente illogiche e fuori luogo, a tutti i casi simili che si presentano».

<sup>(60)</sup> Cfr. INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario*, in *questa rivista*, 1988, p. 527, che suggerisce come «l'unico, invero tutt'altro che diretto, riferimento alla giurisprudenza potrebbe essere ravvisato nel principio secondo il quale, proprio al fine di colmare una lacuna, qualora l'interprete non abbia potuto trovare una soddisfacente integrazione attraverso l'interpretazione analogica, dovrà fare riferimento ai 'principi generali



segnarsi al precedente un valore fattuale, non giuridico, «un'autorità di mero fatto, morale, esemplare e magistrale, che non trova alcun riconoscimento – quale che sia – nel diritto positivo» <sup>(61)</sup>.

Ma la prescrittività dell'art. 1 Preleggi è stata ormai da tempo esclusa, dal momento che esso include nell'elenco una serie di fonti ormai estinte e, per altro verso, l'elenco in questione è ovviamente incompleto, essendo state introdotte numerose altre fonti a partire dalla Costituzione del 1947 che erano sconosciute all'ordinamento statutario <sup>(62)</sup>.

E ad altre conclusioni si può giungere analizzando le disposizioni che tendono invece a valorizzare l'attività giurisprudenziale come fonte del diritto <sup>(63)</sup>, interpretandole poi sistematicamente alla luce del principio di eguaglianza <sup>(64)</sup>.

---

dell'ordinamento giuridico'. La giurisprudenza o meglio i principi consolidati di una tradizione giurisprudenziale contribuiscono infatti a far parte e dare poi fondamento ai cd. 'principi generali dell'ordinamento giuridico' di cui all'art. 12 Preleggi».

<sup>(61)</sup> Così ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 94.

<sup>(62)</sup> Cfr. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1998, p. 79 ss. Un convincente ridimensionamento del valore delle Preleggi in sé considerate e una loro rilettura a partire dai principi costituzionali contenuti nella nostra Costituzione sono stati effettuati da PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., pp. 3 e 4, e PALADIN, *Le fonti*, cit., p. 104 ss. Cfr. anche l'attenta critica all'art. 12 Preleggi effettuata da LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, in particolare p. 83 ss. Secondo P. GROSSI, *La formazione del giurista*, cit., p. 46, «la complessità dell'attuale paesaggio giuridico obbliga il giurista a una nuova messa a fuoco e a nuovi strumenti di osservazione ... La messa a fuoco fa oggi crudamente emergere la frammentazione e moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto, facendo galleggiare nel vuoto il fascistissimo art. 12 Preleggi con le sue chiusure statalistiche, la cui antistorica vigenza formale, anche se in palese contrasto con il respiro aperto della Costituzione del 1947, può però offrire il destro a qualche odierno credente delle passate mitologie».

<sup>(63)</sup> PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 14, definisce fonte del diritto «qualunque fatto giuridico cui consegua la creazione, modificazione, estinzione di una norma giuridica», e sottolinea come «l'idoneità di qualunque tipo di atto o fatto a produrre effetti normativi va misurata, oltre che in base al sistema delle norme sulla produzione giuridica, dal metro del principio di effettività e pertanto in nessun caso può essere aprioristicamente esclusa sulla base di astratte previsioni legislative o di considerazioni puramente logiche o di ordine teorico» (p. 40). Nello stesso senso MONETA, *Nomofilachia*, in *questa rivista*, 1997, p. 376, secondo cui «non rileva il fatto che la giurisprudenza non sia annoverata tra le fonti formali del diritto accanto alla legge. Il dato formale, come è stato ben osservato, non deve essere sopravvalutato perché ciò che conta è verificare in concreto se la giurisprudenza svolga o non svolga il ruolo di fonte di norme giuridiche. E se tale ruolo le compete, è conseguenziale che la valutazione di un determinato caso operata dal giudice è in grado di influenzare la valutazione successiva su un caso sostanzialmente identico. Vale a dire che il precedente giudiziale trova, a buon diritto, il suo spazio operativo».

<sup>(64)</sup> Per P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica. Profilo sistematico*, Firenze,

3.1. – Inizialmente, occorre prendere in considerazione la disposizione che assegna alla Corte di Cassazione la funzione di nomofilachia: l'art. 65, r.d. n. 12 del 1941, il quale attribuisce alla S.C. il dovere di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, e di garantire l'unità del diritto oggettivo nazionale. Dal punto di vista del significato, il contenuto della funzione di nomofilachia è quello di «assicurare che la legge sostanziale, che ogni giudice è chiamato ad applicare, sia interpretata esattamente e in modo uniforme su tutto il territorio nazionale» <sup>(65)</sup>; nondimeno evidente è che questa funzione assume «un fondamentale rilievo costituzionale nella misura in cui è diretta ad attuare l'art. 3 Cost., posto che il principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge in tanto può essere pienamente attuato, in quanto la legge sia interpretata in modo uniforme dai giudici che sono chiamati ad applicarla» <sup>(66)</sup>.

---

1951, p. 51, «i principi costituzionali non possono essere sussunti nella categoria delle regole finali normative ... essi impongono imperativamente allo Stato (ed ai cittadini) un dato comportamento»; inoltre «hanno la funzione di servire da guida nell'interpretazione e nella applicazione delle leggi ordinarie e costituzionali, ed in genere di tutte le norme giuridiche vigenti» (p. 56). AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di Palazzo, Napoli, 2001, p. 237, definisce i principi costituzionali come significanti dei valori costituzionali (significati); il valore (che ha un'eccedenza di significato rispetto al principio) è positivizzato per mezzo del principio e solo tramite esso può essere utilizzato dall'interprete. La centralità e prevalenza dell'interpretazione sistematica a partire dai principi costituzionali deriva dal fatto che «il ruolo delle Costituzioni muta radicalmente nel passaggio dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato costituzionale'. Un'evoluzione questa che ... trasforma profondamente la logica e l'essenza dei processi ermeneutici, quelli relativi all'interpretazione costituzionale in particolare. Il dato più evidente e rilevante della mutazione intervenuta è rappresentato dal fatto che la centralità della Costituzione sostituisce la centralità della legge. Una centralità quella costituzionale che permea tutto l'ordinamento, condizionando ogni interpretazione giuridica, e che finisce per giungere al cuore del principio di legittimazione degli ordinamenti statali» (pp. 232 e 233).

<sup>(65)</sup> PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 2002, p. 504. Sulla funzione di nomofilachia e sulla natura della Corte di Cassazione v. la fondamentale ricostruzione di CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di Cappelletti, vol. VI, VII e VIII, Morano, 1976 - 1979, anche perché è proprio il pensiero di tale a. ad essere stato tradotto nell'art. 65 l. ord. giudiziario. Cfr., in particolare, il vol. VII alle pp. 55, 56 e 70, dove si mette in evidenza il legame fra funzione di nomofilachia e principio di uguaglianza.

<sup>(66)</sup> PROTO PISANI, *Lezioni*, cit., p. 504 ss., che però poi non spinge fino in fondo il ragionamento e parla di valore persuasivo ed esemplare, di efficacia didattica del precedente della Cassazione. Per CHIARLONI, *In difesa della nomofilachia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 123 ss., «la nomofilachia ... rappresenta un valore fondamentale dell'ordinamento, perché valori fondamentali dell'ordinamento sono la parità di trattamento dei cittadini, la prevedibilità delle decisioni e, perché no, un ordine che impedisca l'inutile dissipazione di risorse».

L'attenta analisi della disposizione effettuata dalla dottrina consente di superare quelle opinioni che attribuivano a tale disposizione una valenza meramente descrittiva: si è messo in luce come il termine «attribuzioni» abbia «un significato tecnico che non permette di considerare la funzione di 'assicurare l'uniforme interpretazione della legge' come una mera funzione di fatto, riposante, cioè, su un'autorità di fatto o morale della giurisprudenza della Cassazione o su un dovere meramente morale (della stessa corte e dei giudici di merito) di non distaccarsi da essa», dal momento che «sembra piuttosto strano che un legislatore ci venga a raccontare un fatto, quale ... quello di una mera autorità di fatto della giurisprudenza della Corte di Cassazione»; «la funzione del legislatore non è quella di raccontare dei fatti o di fotografare delle situazioni di fatto», giacché, «quando si tratta di principi fondamentali di un ordinamento giuridico (quali la certezza del diritto, l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e l'unità del diritto nello Stato), sta la considerazione che la realizzazione di simili principi non può essere affidata a mere situazioni di fatto» <sup>(67)</sup>. Anche l'inciso la Corte di Cassazione *assicura* consente di attribuire alla disposizione una valenza prescrittiva: la S.C. ha il dovere di cassare le sentenze che violino la legge, nonché quelle interpretazioni della legge in contrasto con l'interpretazione datane dalla S.C. stessa; e, di conseguenza, un dovere funzionale di non staccarsi dalla propria giurisprudenza se non per ragioni serie e congrue, motivando adeguatamente. Altrimenti l'art. 65 non avrebbe senso <sup>(68)</sup>. Così come non ne avrebbe l'art. 68 che istituisce l'Ufficio del massimario <sup>(69)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> GORLA, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, in *Foro it.*, 1976, V, c. 127 ss., a cui si rinvia per le dotte specificazioni inerenti al significato di unità del diritto oggettivo nazionale, esatta osservanza della legge e uniforme interpretazione della legge. Si può anche evidenziare che, al termine del primo comma, l'art. 65 recita «ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge»: la locuzione *altri compiti* induce a ritenere che quelli elencati in precedenza siano anch'essi compiti (ed è evidente, in questo caso, l'analogia fra i concetti di compito, attribuzione e dovere). Su tali questioni v. anche TARUFFO, *La Corte di cassazione e la legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 349 ss.

<sup>(68)</sup> Anche chi si muove nell'ottica della mera persuasività del precedente, della sua influenza di fatto sui giudizi successivi, come INZITARI, *Obbligatorietà e persuasività*, cit., p. 528, deve riconoscere che, se «da un lato non è possibile rinvenire norme che impongano al giudice lo *stare decisis*, d'altro lato la differenza, discordanza, divergenza di orientamenti interpretativi nella giurisprudenza è valutata quale disarmonia suscettibile evidentemente di compromettere l'unità del diritto oggettivo nazionale, obiettivo quest'ultimo che dovrebbe essere assicurato, secondo appunto l'art. 65 ord. Giudiziario, dalla Corte di Cassazione». L'a. fa anche notare che esiste fra gli operatori «il consolidato convincimento che ... una decisione difforme dai più costantemente affermati principi avrà maggiori o minori possibilità di essere riformata, o cassata, nei gradi ulteriori del giudizio» (p. 530).

<sup>(69)</sup> Per MARINELLI, *Precedente* cit., p. 884, «nell'organigramma della Cassazione italia-

In senso contrario molti fanno notare che le violazioni di tale dovere non sono assistite da alcuna sanzione, per cui l'autorità delle decisioni della Corte di Cassazione sarebbe necessariamente di fatto o morale <sup>(70)</sup>: è agevole replicare che queste obiezioni non sono rilevanti a livello logico-giuridico, dal momento che gli ordinamenti giuridici conoscono, soprattutto a livello costituzionale, doveri la cui violazione non è punita con sanzioni, senza che per questo si possa parlare di doveri « non giuridici » <sup>(71)</sup>. Semmai occorrerebbe richiedere al legislatore di rimediare alla lacuna denunciata, proponendo un'integrazione dell'ordinamento tesa a permettere ai soggetti il ricorso in cassazione per violazione dei precedenti della Suprema Corte, nella scia dell'esempio spagnolo <sup>(72)</sup>.

Altre obiezioni si basano sulla constatazione dell'estrema volubilità della giurisprudenza del supremo collegio, ma anche queste obiezioni restano confinate sul piano fattuale, non avendo efficacia su quello logico-giuridico: il fatto che la prassi sia deviante rispetto al modello nulla dice rispetto alla giuridicità del modello; si dovrà dire semmai che il modello non riesce, se non parzialmente, ad affermarsi e cercare di apportare correttivi (legislativi e organizzativi) che consentano il suo corretto dispiegarsi.

Alcuni addirittura si sono spinti a teorizzare un nuovo significato del-

---

na c'è un servizio speciale, preordinato alla corretta realizzazione dell'effetto di precedente. È il servizio che l'ufficio del massimario e del ruolo svolge attraverso la massimazione delle decisioni della Suprema Corte ed altri compiti istituzionali quali la classificazione dei ricorsi, lo studio preliminare di quelli più complessi e la relazione su contrasti di giurisprudenza e su questioni teorico-pratiche di particolare interesse».

<sup>(70)</sup> ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 91, secondo la quale «nella pur minuziosa normativa dei codici, non è contemplata alcuna ipotesi di impugnazione delle sentenze per il solo fatto dell'ignoranza o del mancato ossequio al precedente della Cassazione, né, per tali ragioni, è prevista alcuna forma di responsabilità dei giudici».

<sup>(71)</sup> In questo senso P. BARILE, *La Costituzione*, cit., p. 26, secondo cui «nel campo del diritto, si riscontrano norme giuridiche che impongono doveri cui non corrispondono altrettante pretese». V. anche PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 533, che fa notare come «l'efficacia delle fonti del diritto non è sempre identica a sé stessa, ma consiste in una pressione sui destinatari delle norme affinché ne osservino il comando la quale è variamente sanzionata e talvolta non è sanzionata affatto». GORLA, *Postilla*, cit., conclude così il ragionamento: «nella vita sociale valgono più le opinioni che le sanzioni, e nella vita del diritto vale più la *opinio iuris* che una sanzione».

<sup>(72)</sup> V., in questo senso, la recente proposta di GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *questa rivista*, 2004, p. 12, secondo cui è necessaria «una legge che codifichi la nomofilachia e introduca, fra i motivi di ricorso per Cassazione, la contrarietà immotivata della sentenza di merito ai principi già fissati dalla Corte regolatrice, precisando altresì che il giudice di merito incorre in vizi di motivazione se disattende immotivatamente i propri precedenti».

la funzione nomofilattica: si sarebbe in presenza di una funzione uniformatrice della Cassazione solo tendenziale, dialettica, destinata ad esprimersi in un continuo dialogo tra S.C. e giudici di merito, in un processo d'interpretazione che non può più concepirsi come proveniente (solo) dall'alto verso il basso, ma anche dal basso verso l'alto, laddove oscillazioni e divergenze giurisprudenziali esprimerebbero la positiva vocazione ad adeguarsi ad una società caratterizzata dal pluralismo e dal movimento <sup>(73)</sup>. Questa «riscrittura» della funzione di nomofilachia, oltre a non avere fondamenti di diritto positivo, pare solo voler munire di fondamento razionale il caos interpretativo che talvolta si riscontra nella giurisprudenza della Cassazione <sup>(74)</sup> ed è pertanto da respingere. Le ragioni strutturali che determinano l'inadeguatezza della S.C. a esercitare in maniera soddisfacente la funzione di nomofilachia non possono indurre a negare la funzione stessa o a intenderla in un senso diverso da quello che è suo proprio <sup>(75)</sup>, senso che è stato con forza riaffermato dall'assemblea generale del 23 aprile del 1999: occorre che il magistrato di Cassazione divenga «strumento responsabile della formazione di un diritto vivente coerente e chiaramente conoscibile, con i correlativi doveri di valorizzazione del precedente giudiziario, da curare come ragione sufficiente della decisione quando contro di esso non siano adottati argomenti nuovi o quando il cambiamento non sia richiesto – come innovazione destinata a imporsi e a durare – dalle esigenze dell'evoluzione giurisprudenziale» <sup>(76)</sup>. Tale impostazione è stata tradotta nel diritto positivo con il re-

---

<sup>(73)</sup> FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di cassazione*, in *Giust. e cost.*, 1986, p. 39 ss.

<sup>(74)</sup> Derivante da disfunzioni organizzative ma anche dalla carente «cultura del precedente» che contraddistingue ancora il nostro ordinamento. A questo proposito v. MONETA, *Nomofilachia*, cit., p. 412, il quale, sulla base di ricerche empiriche condotte (pur avvertendo che il campione di sentenze esaminate non può essere esaustivo), sostiene che ci sono più contrasti voluti, frutto di opzione valutativa, che contrasti casuali, frutto di disfunzione organizzativa.

<sup>(75)</sup> Sul punto cfr. DENTI, *A proposito di Corte di cassazione e nomofilachia*, in *Foro it.*, 1986, V, c. 417 ss., secondo cui il fatto che l'ordinamento appresti mezzi insufficienti per l'esercizio della funzione non può significare che la funzione non esista (specie se la funzione è una diretta proiezione di un cardine dell'ordinamento quale l'art. 3 Cost.). V. anche BIN, *Funzione uniformatrice*, cit., p. 546, che definisce «sconcertanti, a proposito della funzione di nomofilachia della Cassazione, recenti sforzi teorici – compiuti da magistrati autorevoli per collocazione istituzionale e posizione culturale – di stemperare quella funzione attraverso una revisione del concetto».

<sup>(76)</sup> Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Introduzione*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 165. Cfr. anche EVANGELISTA, *La professionalità dei magistrati della Corte suprema di cassazione*, c. 167 ss., nonché il *Documento finale* dell'Assemblea, c. 212, dove vengono deliberate delle misure organizzative tese a valorizzare l'uso del precedente.

centissimo d. lgs. n. 40 del 2006 <sup>(77)</sup>, che modifica il processo di cassazione accentuandone la funzione nomofilattica.

Un altro tipo di obiezioni muove dal fatto che «vasti settori dell'applicazione giudiziaria del diritto restano sottratti alla sfera di incidenza della funzione nomofilattica» <sup>(78)</sup>, con riferimento soprattutto alla giurisdizione amministrativa: tale argomento ha sicuramente maggior fondamento, rispetto a quelli esaminati in precedenza, e non è semplice superarlo. Ma grazie alla recente ricostruzione, prospettata da autorevole dottrina, del sistema di giustizia amministrativa in termini compatibili con i principi costituzionali inerenti la giurisdizione, è forse possibile giungere a un suo superamento: nell'ottica interpretativa che si intende seguire, attraverso un'interpretazione sistematica dei principi costituzionali si giunge a identificare un concetto unitario di giurisdizione (caratterizzato in senso soggettivistico) e si ricolloca la giurisdizione amministrativa nell'ambito di operatività di tali principi; ciò consente di considerare come una «residua disarmonia» l'insindacabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato <sup>(79)</sup>, insindacabilità che, grazie a questa prospettiva interpretativa,

---

<sup>(77)</sup> Con tale decreto è stata esercitata la delega contenuta nella l. n. 80 del 14 maggio 2005 (che convertiva in legge il d.l. n. 35 del 2005), attraverso la quale si era delegato il Governo a modificare il Codice di procedura civile in materia di processo di cassazione; l'art. 1, comma 3°, di tale legge stabilisce che «nell'attuazione della delega di cui al comma 2°, il Governo si atterrà ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica» apprestando «meccanismi idonei ... a garantire l'esercitabilità della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione», stabilendo «l'obbligo che il motivo di ricorso si chiuda, a pena di inammissibilità dello stesso, con la chiara enunciazione di un quesito di diritto» e formalizzando «il vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite». V. *infra* per l'analisi delle singole disposizioni modificate. Cfr. RICCIO, *La rivitalizzazione legislativa della funzione di nomofilachia*, in *questa rivista*, 2006, p. 825 ss.

<sup>(78)</sup> Così, ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 93.

<sup>(79)</sup> ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 185 ss. Così si esprime l'a.: «se infatti appare fondata la ricostruzione del sistema costituzionale che parte dal principio individualistico e dall'unità della funzione giurisdizionale e si sviluppa nell'affermazione della omogeneità di natura delle situazioni giuridiche soggettive, nel principio di parità sostanziale e processuale tra le parti di ogni rapporto giuridico e nella necessaria effettività della tutela, l'insindacabilità in Cassazione non può più considerarsi come chiave di volta di un monumento 'recepito' nella Costituzione, ma viceversa appare come un vistoso rudere di un passato che non esiste più. Ciò significa, fuor di metafora, che, a fronte della forza e della coerenza dei principi ricordati, tale norma non può assumere alcun significato 'espansivo' o ricostruttivo, ma deve essere interpretata nel modo più restrittivo, come disarmonia, appunto, in un sistema solidamente fondato e coerente» (pp. 186 e 187). In questa sede non è possibile dilungarsi nell'analisi di tale innovativa ricostruzione concettuale: si rinvia dunque integralmente a tale illuminante contributo dottrinale per tutte le considerazioni di ordine costituzionalistico

può essere vista non come rappresentativa della negazione (o del ridimensionamento) della funzione di nomofilachia ma, appunto, come una disarmonia (che andrebbe corretta in sede di revisione costituzionale) in un sistema in cui tale funzione è centrale.

Proseguendo nell'analisi delle disposizioni del diritto positivo che possono essere utilizzate ai fini interpretativi che ci si è proposti, vengono in rilievo le disposizioni degli artt. 51, 363, 374 e 384 c.p.c.: l'art. 51 sancisce che «il giudice ha l'obbligo di astenersi: [...] se ha interesse nella causa o *in un'altra vertente su identica questione di diritto*»; sembra che la *ratio* della seconda parte di questa disposizione sia quella di evitare che il giudice si crei un precedente favorevole che potrà poi operare nella causa con identica questione di diritto in cui ha interesse. E questo potrebbe essere considerato un riconoscimento implicito del valore giuridico del precedente.

L'art. 363 attribuiva al p.m., quando le parti non avessero proposto ricorso nei termini di legge o vi avessero rinunciato, la facoltà di proporre ricorso per chiedere che fosse cassata la sentenza nell'interesse della legge, senza che le parti potessero poi giovare della eventuale cassazione. Tale istituto, applicato molto raramente nella prassi, è importantissimo a livello teorico, giacché «consente di scorgere la separazione tra l'interesse pubblico alla esatta e uniforme interpretazione della legge e l'interesse privato alla sentenza giusta» <sup>(80)</sup>. Lo scopo dell'istituto è quello di permettere l'eliminazione dell'interpretazione non corretta, facendo emergere un precedente della S.C. al fine di consentirle di garantire l'esatta e uniforme interpretazione della legge. La nuova formulazione della disposizione, introdotta con il d. lgs. n. 40 del 2006, accentua ancor di più questo profilo, introducendo addirittura la possibilità per la Corte di Cassazione di pronunciare il principio di diritto d'ufficio «quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza» <sup>(81)</sup>.

---

e teorico generale in relazione a questo problema. Cfr. anche CAPONI-PROTO PISANI, *Lineamenti*, cit., p. 43, secondo i quali: «con il recente progressivo allargamento dell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la limitazione del ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato ai soli motivi inerenti la giurisdizione diventa sempre più discutibile».

<sup>(80)</sup> CAPONI-PROTO PISANI, *Lineamenti*, cit., p. 41.

<sup>(81)</sup> La nuova formulazione della disposizione, contenuta nell'art. 4, d. lgs. n. 40 del 2006, è la seguente: «art. 363 (Principio di diritto nell'interesse della legge). - Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'intere-

L'art. 374, comma 2°, attribuiva al Primo presidente il dovere di «disporre che la Corte pronunci a sezioni unite sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza»; la formulazione della disposizione («può disporre»), normalmente, avrebbe dovuto essere letta come «il primo presidente ha la facoltà di disporre». Tuttavia, nell'ottica interpretativa scelta (la funzione di nomofilachia come direttamente attuativa del principio di eguaglianza), non era arbitraria un'interpretazione correttiva (sistematica e costituzionalmente adeguatrice) della disposizione che consentisse di leggerla come se vi fosse scritto «il primo presidente deve disporre», dal momento che tale dovere è direttamente funzionale all'attuazione di un principio supremo (e generale) dell'ordinamento. Tale interpretazione ha ora il supporto del diritto positivo, dal momento che l'art. 8, d. lgs. n. 40 del 2006 ha modificato l'art. 374, statuendo che «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, *rimette* a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Si può forse richiamare anche l'art. 384 c.p.c., il quale, nella nuova formulazione introdotta dall'art. 12, d. lgs. n. 40 del 2006, stabilisce che: «la Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'art. 360, comma 1°, n. 3), e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza»<sup>(82)</sup>. Parte della dottrina ha messo in evidenza come possano essere considerati equivalenti i concetti di *ratio decidendi* e di principio di diritto<sup>(83)</sup>: da questa disposizione si potrebbe forse trarre, sempre seguendo le direttrici interpretative già indicate (e utilizzando anche il principio, sancito dall'art. 111, comma 6°, Cost., per cui «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»), un dovere della Cassazione di

---

resse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. La richiesta del Procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al Primo presidente, il quale può disporre che la Corte si pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito».

<sup>(82)</sup> Con tale disposizione il Governo ha esercitato la delega ricevuta con l. n. 80 del 2005, che prevedeva tra i principi e criteri direttivi la predisposizione del dovere di enunciare il principio di diritto, «sia in caso di accoglimento, sia in caso di rigetto dell'impugnazione e con riferimento a tutti i motivi della decisione» (art. 1, comma 3°).

<sup>(83)</sup> Cfr. GORLA, *Lo studio interno e comparativo*, cit. V. anche, in senso dubitativo, MONETA, *Nomofilachia*, cit.



esplicitare, nelle proprie sentenze, la *ratio* di una determinata decisione in relazione al caso che le viene sottoposto.

Analogamente, esistono disposizioni tese a valorizzare il precedente anche nella giurisdizione amministrativa: l'art. 45 T.U. sul Consiglio di Stato, al comma 2°, dispone che «la sezione, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio può rimettere il ricorso all'adunanza plenaria»; mentre il comma 3° sancisce che «prima della decisione il Presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di massima di particolare importanza». L'esistenza di queste disposizioni dimostra che le esigenze che la funzione di nomofilachia è chiamata a soddisfare sono rilevanti in qualsiasi ambito giurisdizionale, perché rispondenti al principio di eguaglianza<sup>(84)</sup>, «principio generale che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura», espressione di un «generale canone di coerenza dell'ordinamento normativo»<sup>(85)</sup>.

Come si è visto, esistono nel diritto positivo tutta una serie di disposizioni tese a valorizzare la funzione di nomofilachia<sup>(86)</sup>; tuttavia, se è possibile utilizzare le norme sopra ricordate come prova dell'efficacia di precedente delle pronunce della Cassazione italiana e affermare che tale efficacia non è un fatto puramente culturale, ma un dato risultante dal diritto positivo, ciò non significa anche che la stessa efficacia sia una conseguenza dell'introduzione di tali disposizioni singolarmente prese<sup>(87)</sup>. È la let-

---

<sup>(84)</sup> Cfr. però anche PIZZORUSSO, *Effetto di «giudicato»*, cit., secondo il quale il principio dello *stare decisis*, che risponde all'esigenza che questioni analoghe siano analogamente decise, è comune a tutti i sistemi giuridici. A questo proposito, richiamando il pensiero di Azariti (riportato in nota 64), è bene precisare che tale valore (decidere analogamente analoghe questioni) è rilevante nel nostro ordinamento nella misura in cui possa considerarsi positivizzato per mezzo di disposizioni giuridiche: tale positivizzazione può considerarsi realizzata attraverso l'art. 3 Cost.

<sup>(85)</sup> Corte cost., n. 25 del 1966 e n. 204 del 1982.

<sup>(86)</sup> Cfr. MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 879, secondo cui «il precedente di giurisprudenza è oggetto, o comunque punto di riferimento, di un'articolata disciplina giuridica, sia in positivo – per esempio mediante l'attribuzione ad un apposito ufficio del compito, tra l'altro, di provvedere all'estrazione delle massime dalle sentenze di una corte suprema –, sia in negativo, in vista dell'eliminazione preventiva o successiva dei contrasti giurisprudenziali».

<sup>(87)</sup> Così PIZZORUSSO, *Delle fonti*, cit., p. 534, che continua sostenendo che «al contrario, deve invece riconoscersi che l'efficacia di precedente che le pronunce giurisprudenziali esercitano in un ordinamento come quello italiano rappresenta il riflesso di un principio generale che opera tanto con riferimento al diritto italiano quanto con riferimento al diritto anglosassone e che si suole indicare come principio *stare decisis*».

tura di queste disposizioni a partire dall'art. 3 Cost. che consente di conferire loro coerenza e di sostenere l'esistenza di un dovere giuridico, per la Cassazione, di non modificare la propria giurisprudenza se non per serie ragioni e argomentando esplicitamente a tal riguardo.

3.2. – Nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte è possibile trovare delle indicazioni che vanno nel senso dell'interpretazione proposta, anche se su questo punto si sono comunque manifestate non poche oscillazioni interpretative.

Nel 1983 una prima sentenza dispose che il giudice di merito potesse soddisfare l'obbligo di motivazione anche solamente limitandosi a fare riferimento ai precedenti della Cassazione <sup>(88)</sup>. Una seconda che il giudice di merito che si discostasse dai precedenti della Cassazione fosse obbligato a motivare accuratamente tale scelta e dovesse addurre ragioni complete, congrue e convincenti per contestare l'interpretazione disattesa <sup>(89)</sup>.

A queste sentenze ne sono seguite altre dello stesso tenore <sup>(90)</sup>, ma in particolare una, la n. 5888 delle Sezioni unite del 16 maggio 1992, ha posto le basi per far ritenere a parte della dottrina che l'art. 65 l. sull'ordinamento giudiziario fosse stato «costituzionalizzato» assieme all'obbligo di rendere manifesta la *ratio decidendi* di ogni pronuncia <sup>(91)</sup>.

---

<sup>(88)</sup> Cass., 13 maggio 1983, n. 4523, la cui massima è riportata in BIN, *Il precedente*, cit., p. 68: «soddisfa l'obbligo di motivazione della sentenza di cui all'art. 132, n. 4, c.p.c., il mero riferimento da parte del giudice del merito alla giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione alla soluzione di una questione univocamente espressa dalla Suprema Corte».

<sup>(89)</sup> Cass., 3 dicembre 1983, n. 7248, la cui massima è riportata in BIN, *Il precedente*, cit., p. 69: «nell'esercizio del suo potere-dovere d'interpretazione della norma applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice è libero di non adeguarsi all'opinione espressa da altri giudici e può anche non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione (salvo che si tratti di giudizio di rinvio), così come può dissentire dalle mere motivazioni delle pronunzie della Corte costituzionale non influenti direttamente sulla declaratoria di illegittimità o sul riconoscimento della legittimità di una specifica disposizione. Tale libertà non esclude, peraltro, l'obbligo dello stesso giudice di addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e far venir meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato».

<sup>(90)</sup> V., per es., Cass., 30 luglio 1986, n. 4895, sulla necessità di motivare adeguatamente nel caso in cui si intenda discostarsi dai propri precedenti.

<sup>(91)</sup> Così BIN, *Il precedente*, cit., p. 131, che riporta Cass., sez. un., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1737 ss.: «con il ricorso per cassazione di cui all'art. 111, comma 2°, Cost., si possono denunciare soltanto 'violazioni di legge', con riferimento sia alla legge regolatrice del rapporto sostanziale controverso, sia alla legge regolatrice del processo. Pertanto la inosservanza del giudice civile all'obbligo della motivazione su questioni di fatto integra 'violazione di legge', e come tale è denunciabile con il detto ricorso, quando si traduca in mancanza della motivazione stessa (con conseguente nullità della pronuncia per di-

Nel 1994 la Cassazione penale ha emanato una sentenza che ha reso ancor più manifesta l'esistenza, per il nostro tribunale supremo, « di un dovere giuridico, *di rango costituzionale*, in quanto costituente espressione di un *principio cardine della Costituzione*, di uniformarsi ai propri precedenti, con particolare riferimento a quelli affermati dalle decisioni delle sezioni unite, che costituiscono la massima espressione della funzione nomofilattica » <sup>(92)</sup>. Orientamento confermato da un'ulteriore decisione del 1995: « benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa tuttavia costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento, in forza della quale non ci si deve discostare da un'interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito, istituzionalmente, della funzione di nomofilachia, senza una ragione giustificativa; ne consegue che qualora il giudice anche di legittimità, decida in coerenza con l'orientamento consolidato dalla corte regolatrice, egli adempie al dovere di motivazione con il semplice richiamo delle ragioni che sostengono il consolidato indirizzo interpretativo, in precedenza formatosi, sino alla possibilità di motivare *per relationem*, a condizione che vengano proposte questioni di diritto già risolte » <sup>(93)</sup>.

---

fetto di un requisito di forma indispensabile), la quale si verifica nei casi di radicale carenza di essa, ovvero del suo estrinsecarsi in argomentazioni non idonee a rivelare la '*ratio decidendi*' (cd. motivazione apparente), o fra di loro logicamente inconciliabili, o comunque perplesse od obiettivamente incomprensibili, e sempre che i relativi vizi emergano dal provvedimento in sé, restando esclusa la riconducibilità in detta previsione di una verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione medesima in raffronto con le risultanze probatorie ».

<sup>(92)</sup> ANGELONI, *Ancora sul precedente di Cassazione: questa volta anche secondo la Cassazione penale*, in *questa rivista*, 2000, p. 16 ss.; l'a. svolge queste condivisibili riflessioni sulla base della sentenza della Cass. pen., sez. III, 23 febbraio 1994. La massima così recita: « l'uniforme interpretazione della legge significa uguaglianza di trattamento dei cittadini di fronte alla legge, sicché la nomofilachia è diretta espressione di un principio della Costituzione: l'art. 3. L'art. 65 dell'ordinamento giudiziario attribuisce la funzione nomofilattica alla Corte di Cassazione, ed essa appartiene ad ogni sezione della Corte medesima; ma quando, essendovi decisioni in contrasto intervengono le Sezioni unite per mettere fine ad una incertezza interpretativa, la decisione delle Sezioni unite costituisce una sorta di annuncio implicito di giurisprudenza futura determinante affidamento per gli utenti della giustizia in generale e per il cittadino in particolare: in tale ipotesi la funzione nomofilattica ha un peso dominante su altri valori e le sezioni semplici devono prenderne atto ». L'a. poi si spinge in una radicale interpretazione a partire dagli artt. 3 e 24 Cost. sostenendo la possibilità dell'esperimento di una *querela nullitatis* contro le sentenze che violino i precedenti di Cassazione: ma le conclusioni, peraltro interessanti, meritano sicuramente un maggiore approfondimento che, nell'economia di questo lavoro, non è possibile effettuare.

<sup>(93)</sup> Così Cass. pen., sez. III, 1° dicembre 1995, richiamata da PERINI, *Il seguito e l'efficacia delle decisioni costituzionali nei conflitti fra poteri dello Stato*, Milano, 2003, p. 140 (in nota 366).

Nel 1999 sono state invece due sentenze della Sezione lavoro a far esprimere il seguente pensiero ad un'autorevole voce dottrinale: «risulta ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di norme di diritto quando la norma di diritto violata dal giudice di merito è un precedente della Corte di legittimità (assunto da queste sentenze, come già dalla Corte costituzionale, come 'diritto vivente')»<sup>(94)</sup>.

Lo stesso autore ha avuto modo recentemente di tornare sull'argomento per segnalare le oscillazioni degli ultimi anni e proporre una modifica legislativa tesa a consentire il ricorso in cassazione per violazione dei precedenti della S.C.: la sent. n. 16007 del 2001 ha dichiarato inammissibile il ricorso in cassazione contro una sent. che non aveva tenuto conto di un precedente del Supremo Collegio, mentre la più recente sent. n. 7355 del 2003 ha ribadito i principî che erano emersi nella giurisprudenza precedente che si è richiamata a sostegno della ricostruzione tentata<sup>(95)</sup>.

Infine, sempre con riguardo alle «fonti» giurisprudenziali a sostegno delle argomentazioni svolte, la stessa dottrina del «diritto vivente», elaborata dalla Corte costituzionale, può essere vista come una riaffermazione della centralità della funzione di nomofilachia, che nell'ambito della giustizia costituzionale può avere addirittura il compito di definire l'oggetto del giudizio<sup>(96)</sup>.

3.3. – Dall'art. 3 Cost. sorge la necessità che fattispecie eguali abbiano eguale trattamento, anche in sede di applicazione giudiziaria del diritto<sup>(97)</sup>. Tale necessità può essere soddisfatta attraverso l'esercizio della funzione

---

<sup>(94)</sup> Così GALGANO, *L'efficacia vincolante*, cit., p. 894. L'a. si riferisce alle sentenze della sez. lav. n. 434 del 18 gennaio 1999, e n. 10514 del 22 ottobre 1999, in *Foro it.*, I, 1999, c. 1819. In senso contrario a questa interpretazione di queste sentenze v. MALTESE, *Norma elastica, giudizio di legittimità e «stare decisis»*, in *questa rivista*, 2000, p. 1 ss.

<sup>(95)</sup> V. GALGANO, *Stare decisis e no*, cit., pp. 6, 9, e 12. L'a. si riferisce a Cass. civ., III sez., 19 dicembre 2001, n. 16007, e a Cass., sez. lav., 13 giugno 2003, n. 7355, disponibile in *Foro it.*, 2004, I, 1, c. 1237.

<sup>(96)</sup> In questo senso v., ancora, GALGANO, *L'efficacia vincolante*, cit., p. 890, che richiama, fra l'altro, la sentenza n. 271 del 12 giugno 1991 della Corte costituzionale, che menziona esplicitamente la funzione di nomofilachia. Sulla categoria del diritto vivente cfr. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, p. 144 ss., MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 141 ss., e PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.

<sup>(97)</sup> Cfr. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, p. 264, secondo cui il principio di eguaglianza «rivolto ai giudici può essere tradotto in quest'altra formula: 'La legge deve essere uguale per tutti', e vuol dire che la legge deve essere applicata imparzialmente, e deve essere applicata imparzialmente perché soltanto in questo modo assicura l'egual trattamento degli eguali».

di nomofilachia da parte della Cassazione: le disposizioni esaminate in precedenza, illuminate dal principio di eguaglianza, attribuiscono alla S.C. il dovere di non discostarsi dai propri precedenti se non per congrue ragioni e motivando in maniera trasparente qualora voglia mutare giurisprudenza. Peraltro, il diritto positivo presenta ancora delle lacune che è necessario colmare per costruire un sistema che compiutamente riesca, nella maggior misura possibile, a trattare egualmente fattispecie eguali anche in sede di applicazione del diritto: a tale proposito sarebbero utili e necessari un'integrazione dei motivi di ricorso in cassazione, nella scia del modello spagnolo, e l'imposizione dell'obbligo di esplicitare la *ratio decidendi* in ogni motivazione (potrebbe così essere divulgato il principio di diritto con cui si è risolto il caso senza i rischi che presenta il sistema della massimazione).

Ma, sulla base dell'art. 3 Cost., è possibile pure sostenere che ogni giudice, nel nostro ordinamento, abbia un dovere giuridico di conformarsi ai propri precedenti (oltre che a quelli delle magistrature superiori) a meno che non esistano ragioni che inducano ad applicare una diversa *ratio* al caso sottoposto, ragioni che vanno esplicitate in motivazione.

Resta da esaminare l'obiezione a questa utilizzazione dell'art. 3 che si basa sull'esistenza dell'art. 101, comma 2°, Cost., che vuole i giudici soggetti soltanto alla legge: secondo coloro che sostengono tale tesi, l'art. 101 tenderebbe a garantire l'indipendenza del giudice sia nei confronti delle interferenze provenienti dall'esterno (cioè da altri poteri), sia nei confronti delle interferenze provenienti dall'interno (cioè da altri giudici); il vincolo al precedente sarebbe quindi un'interferenza rispetto alla libertà interpretativa del giudice e risulterebbe addirittura menomata, attraverso la menomazione dell'autonomia decisionale, l'imparzialità dello stesso. Si giunge così a sostenere che il rispetto dei precedenti, evidente nella prassi giurisprudenziale, non risponde ad imperativi giuridici ma si colloca sul piano fattuale <sup>(98)</sup>.

È possibile superare questa obiezione attraverso una diversa interpretazione delle due disposizioni che metta in risalto il rapporto di strumentalità che le lega: l'art. 101 è svolgimento dell'art. 3 nella parte in cui vuole il giudice svincolato da influenze esterne e interne <sup>(99)</sup>, visto che l'im-

---

<sup>(98)</sup> ANZON, *Il valore del precedente*, cit., p. 98. Nello stesso senso sembra muoversi CARAVITA, *Art. 3*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di CRISAFULLI e PALADIN, Padova, 1990.

<sup>(99)</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, secondo cui «tutti concordano ormai, dunque, nel ritenere l'eguaglianza come canone informatore, vincolante l'ordinamento. Ma va aggiunto che non solo la legislazione è 'vincolata' da esso (nei sensi ora descritti), ma che lo è tutta l'attività statale, o meglio pubblica, il che si desume da

parzialità che si vuole ottenere per mezzo dell'indipendenza è funzionale alla trattazione eguale di eguali fattispecie. È imparziale un giudice che tratta in maniera diversa casi eguali? Probabilmente no. È imparziale quel giudice che dà a eguali fattispecie eguale soluzione (a prescindere dai soggetti che ha davanti) oppure, nel caso in cui ritenga di decidere diversamente, che motiva in maniera trasparente sulle ragioni che lo inducono a mutare opinione e a disattendere un precedente proprio o di un giudice superiore (errore di valutazione, mutata sensibilità sociale che rende obsoleta la precedente interpretazione, intervento di nuove disposizioni che fanno mutare il significato sistematico delle disposizioni alle quali si dà un'interpretazione differente, ecc.) <sup>(100)</sup>.

In questo modo, il cerchio che è possibile tracciare tra principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), principio della soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2°, Cost.), principio della necessaria motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (art. 111, comma 6°, Cost.) e principio di imparzialità (art. 111, comma 2°, Cost.), si chiude armoniosamente.

Anche analizzando il problema da un punto di vista puramente logico sembra che l'obiezione possa considerarsi superata: il giudice, quando decide, applica la legge a un caso concreto, ritenendo quindi che la legge, alla quale è soggetto, abbia quel tale significato in relazione a quei determinati fatti. Ripresentandosi quegli stessi fatti in una successiva controversia fra parti diverse, vincolare il giudice al proprio precedente, seppure nei limiti in precedenza precisati, significa semplicemente riaffermare la disposizione dell'art. 101, comma 2°, Cost., non consentendogli di far dire alla legge cose diverse a seconda degli «umori» del momento o dei soggetti che ha di fronte <sup>(101)</sup>.

---

norme costituzionali complementari all'art. 3: dall'art. 97, che impone il canone di *imparzialità* dell'amministrazione; dall'art. 101, comma 2°, che dice che i giudici sono soggetti soltanto alla legge; dall'art. 112, che impone al pubblico ministero l'*obbligo* di esercitare (evidentemente senza discriminazioni) l'azione penale» (pp. 76 e 77). In senso contrario v. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 40.

<sup>(100)</sup> Secondo MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 53, «l'apparato concettuale apprestato dalla dogmatica è uno strumento indispensabile di garanzia della certezza del diritto, o almeno, in una società complessa e altamente dinamica come la nostra, di un grado tollerabile di incertezza ... impedisce che siano rimessi continuamente in discussione significati normativi già compresi dalla riflessione condotta su casi precedenti ... e il cui abbandono deluderebbe aspettative sociali stabilizzate di comportamenti ... senza essere giustificato da circostanze del nuovo caso tali da modificarne la struttura tipica e quindi da legittimare l'istanza di una valutazione diversa».

<sup>(101)</sup> Cfr. MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 879, secondo cui «attribuendosi in modo esplicito o implicito agli organi giudiziari di vertice – anche diversi dalla Cassazione – una funzione nomofilattica, ossia di controllo e promovimento dell'uniforme interpretazione della

Le conclusioni a cui si è giunti, comunque sia, non portano a nessun tipo di menomazione, dal momento che il giudice è sempre libero di interpretare la legge; egli deve però dar conto della diversa interpretazione per ragioni di eguaglianza, ragionevolezza e trasparenza <sup>(102)</sup> e l'eventuale cassazione della sentenza rientra nell'ambito della fisiologia del sistema: la nuova interpretazione proposta, magari contro un precedente della Cassazione, non ha persuaso il supremo collegio. Nel caso in cui questa nuova interpretazione persuadesse, sarebbe la Cassazione a mutare giurisprudenza, esplicitandone le ragioni, dando vita così a una nuova catena di precedenti. Come si vede il sistema non diverrebbe statico, diverrebbe semplicemente meno caotico, con vantaggio per la certezza delle situazioni soggettive e del diritto in generale <sup>(103)</sup>.

Ulteriori argomenti a favore di questa soluzione provengono da esiti di importanti riflessioni teorico generali <sup>(104)</sup>, dal diritto comparato (la dot-

---

legge, il precedente giudiziario non è più inteso in senso antagonistico rispetto a quest'ultima, ma diventa a sua volta un utile strumento per attuare il principio di legalità e la soggezione del giudice alla legge».

<sup>(102)</sup> Per SARTOR, *Precedente*, cit., p. 1354, «il vincolo al precedente riduce l'autonomia del singolo giudice nella trattazione del singolo caso concreto, ma in compenso offre alla decisione giudiziale una dimensione collettiva e un controllo discorsivo suscettibili di migliorare, seppure indirettamente, la stessa trattazione dei singoli casi».

<sup>(103)</sup> Per ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1988, p. 88, «esiste una naturale tendenza della giurisprudenza... ad uniformarsi alle tendenze interpretative in atto, riconoscendo una certa forza al 'precedente' giudiziario... Per valutare la natura di questa 'forza' occorre aggiungere che, se è vero che ogni giudice è soggetto solo alla legge, si deve considerare che alla libertà assoluta del giudice si oppongono argomenti di sicuro valore giuridico e costituzionale: l'eguaglianza dei cittadini di fronte al diritto anche nel momento della sua applicazione e l'unità dell'ordinamento nel suo valore concreto. La realizzazione di questi principi esige non solo che i precedenti della Corte di Cassazione assumano un qualche 'valore morale', ma che si affermi un dovere costituzionale funzionale dei giudici di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto. La conciliazione dell'art. 101... con questa esigenza può aversi riconoscendo ai giudici il potere di discostarsi da una precedente interpretazione della Corte di Cassazione solo motivando al riguardo, attraverso l'indicazione delle ragioni... che inducono a ciò. Il che conduce ad un *obbligo di motivazione supplementare*. Perciò, alla giurisprudenza della Corte di Cassazione - data la sua specifica natura riconosciuta dal diritto e particolarmente dall'art. 111... - deve riconoscersi non solo una autorità di fatto, ma anche di diritto, nei limiti anzidetti. Il che non condurrebbe all'immobilismo della giurisprudenza, ma ad un meditato uso delle sue possibilità evolutive».

<sup>(104)</sup> Cfr. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a.M., 1991, pp. 308, 324 ss., 333 ss.: nella teoria dell'argomentazione di Alexy, ai numeri 13 e 14 si sostiene che quando viene richiamato un precedente, a favore o contro una determinata decisione, esso dovrebbe essere seguito; nel caso in cui lo si volesse superare, dovrebbe essere soddisfatto

trina del *Tribunal Constitucional*) e da principî tratti dal principio di eguaglianza ben presenti nella realtà del nostro ordinamento giuridico: «nell'ordinamento italiano vigente, al pari che in altri sistemi giuridici contemporanei, l'esigenza di soddisfare un minimo grado di ragionevolezza è un *imperativo* che riguarda l'esercizio di tutte le pubbliche funzioni. Nessun atto di alcuna autorità potrebbe sottrarsi a questo canone»; «le stesse attività interpretative affidate agli organi giurisdizionali debbono pervenire ad esiti razionalmente accettabili e dunque adeguati alle peculiarità del caso, nella misura in cui lo consentano i margini valutativi, volta per volta inerenti a tali operazioni» <sup>(105)</sup>.

Infine, in un ordinamento giuridico quale è il nostro, caratterizzato da un sistema giurisdizionale in cui il pluralismo ideologico degli interpreti non può essere negato, il dovere di non discostarsi dal precedente (se non motivando adeguatamente) rappresenta l'argine necessario affinché l'insopprimibile margine di creatività delle attività ermeneutiche affidate ai giudici non conduca all'arbitrio e con esso alla delegittimazione di chi esercita la funzione giurisdizionale.

L'analisi svolta ha dunque messo in evidenza che l'utilizzazione del precedente nel nostro sistema è una realtà innegabile dal punto di vista fattuale, realtà che si giustifica anche dal punto di vista giuridico attraverso l'indagine sul suo valore, che, come si è cercato di sostenere, deriva da norme di diritto positivo, a partire dai principî costituzionali.

Si è inoltre visto come non sia più appagante ragionare su questo argomento sulla base della dicotomia vincolante-persuasivo <sup>(106)</sup> e come sia dunque necessaria la messa a punto di nuovi strumenti teorico-general

---

l'onere della prova per dimostrare le ragioni che inducono al suo superamento. V. nello stesso senso SARTOR, *Precedente*, cit., p. 1351 ss. Cfr. anche MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 51 secondo cui «a chi contesta l'applicabilità al caso da risolvere di un modello di decisione già sperimentato per casi uguali o simili, e razionalizzato in un concetto o in un plesso di concetti dogmatici, incombe l'onere di giustificare la pretesa di *overruling* con argomenti adeguati». Una fonte primaria da interpretare alla luce dell'art. 3 Cost. per giustificare questo generalizzato dovere di osservare il precedente può essere l'art. 51 c.p.c., su cui v. quanto detto *supra* nel testo.

<sup>(105)</sup> Così PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 899 (il corsivo è aggiunto), che richiama il pensiero di Mortati. Nello stesso senso cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 77, secondo cui «l'eguaglianza, cioè, è vista come 'un valore integrativo rispetto a tutti gli altri principi costituzionali'; l'eguaglianza non è una 'materia' ma 'un criterio di giudizio che viene utilizzato all'interno delle singole materie'; il criterio della ragionevolezza delle leggi è ormai 'canone di valutazione dell'intero ordinamento'; aggiunge poi che «l'obbligo di non violare le regole della logica costituisce infatti un limite giuridico ad ogni attività pubblica discrezionale» (p. 78).

<sup>(106)</sup> Cfr., MATTEI, *Precedente*, cit., p. 149.



analisi che consentano di migliorare l'approccio al problema, per trovare soluzioni operative che consentano al nostro ordinamento di garantire in misura soddisfacente la certezza del diritto <sup>(107)</sup>.

Si potrebbe, in conclusione, ricorrendo all'insegnamento di un'auto-revole dottrina, inserire il precedente, per ciò che concerne il nostro ordinamento, tra le fonti del diritto <sup>(108)</sup>.

4. - È necessario ora verificare se e in che misura l'interpretazione proposta possa essere utilizzata per comprendere il valore e l'utilizzazione del precedente nella «giurisdizione» costituzionale, dal momento che quest'ultima presenta delle differenze di struttura e di funzione che la ca-

---

<sup>(107)</sup> In questo senso cfr. GORLA, *Precedente*, cit., p. 4 ss., che propone di sciogliere tale dicotomia considerando quindi soggetti al dovere funzionale di cui si è parlato nel testo tutti i giudici dell'ordinamento e di concentrare l'attenzione degli studiosi sul «se e quanto e come il precedente giudiziale venga osservato»; sui «mezzi di informazione sulla 'giurisprudenza'»; sullo «stile delle decisioni giudiziali»; sulla «cura e l'attenzione nell'estrarne il precedente con i suoi elementi (la cd. *ratio decidendi*)» e sul problema della massimazione (p. 5). Cfr. anche BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 173 ss. Nella sentenza n. 155 del 1990 della Corte costituzionale si legge che «la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini» e si nomina il principio dell'affidamento.

<sup>(108)</sup> PIZZORUSO, *Delle fonti*, cit., p. 535 ss., lo definisce come fonte-fatto, produttiva di norme interpretative, la cui efficacia «si identifica in quella della norme interpretate alle quali viene imputato il principio di diritto che costituisce al tempo stesso il contenuto del precedente» (p. 536, dove, in relazione a questa efficacia, viene definito meta-fonte). Cfr. anche MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 17, secondo cui «una volta applicata al caso per la cui soluzione è stata elaborata (in base a un testo), la norma diventa essa stessa testo nella forma di 'precedente', a sua volta bisognoso di interpretazione, ai fini delle applicazioni successive». Per ALPA, *La creatività*, cit., p. 6, «anche i positivisti ammettono oggi che la giurisprudenza sia fonte del diritto quanto meno 'secondaria'». V., in senso diverso, GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., p. 106, secondo cui «è possibile - e forse, anzi, inevitabile - che almeno alcune decisioni giurisdizionali, pur non essendo fonti legali del diritto, operino tuttavia come fonti *extra ordinem*»; tale a., peraltro, esclude qualsiasi vincolo giuridico per il giudice (parla di efficacia persuasiva dei precedenti) e argomenta a partire dall'art. 101 Cost. per sostenere l'incostituzionalità di un'eventuale legge che stabilisse l'obbligo per i giudici di conformarsi al precedente (v. p. 479 ss.). Cfr. anche LOMBARDI VALLAURI, *Giurisprudenza*, in *Enc. giur. Treccani*, p. 2, e DE NOVA, *Sull'interpretazione*, cit., p. 791, secondo cui «esatta individuazione della *ratio decidendi* rispetto al caso in esame, distinzione fra *ratio decidendi* (o più *rationes decidendi*) ed *obiter dicta*, enucleazione di *rationes decidendi* implicite, ed infine valutazione critica della *regula iuris* giurisprudenziale. Ecco alcuni compiti cui è oggi chiamata la dottrina, per dialogare - senza rassegnazione alcuna - con la prassi».

ratterizzano rispetto alla giurisdizione ordinaria; l'analisi sarà limitata al giudizio di costituzionalità incidentale sulle leggi <sup>(109)</sup>.

Pur esistendo innumerevoli differenze strutturali e funzionali tra giudizio di legittimità costituzionale e ordinario processo giurisdizionale, «la caratteristica differenziale più saliente e macroscopica è che nel processo costituzionale la controversia non verte intorno alla valutazione di un fatto, come nel processo ordinario, *ma intorno alla valutazione di una norma*» <sup>(110)</sup>, dal momento che «il giudice raffronta il fatto con le norme, laddove la Corte raffronta le norme fra di loro, pur tenendo conto del fatto» <sup>(111)</sup>.

Proprio questa posizione defilata dei fatti, del caso della vita che consente alla questione di legittimità costituzionale di essere formulata e di essere portata all'attenzione della Corte, è il primo elemento che deve essere messo a fuoco.

Come si è visto, la nozione di precedente è fortemente influenzata dal caso concreto sul quale si dibatte: valore di precedente, in senso stretto, ha la *ratio decidendi*, cioè la motivazione giuridica necessaria alla soluzione del caso. Per cui, di fronte a un giudizio su norme alla luce di norme

---

<sup>(109)</sup> Per ciò che attiene alle altre competenze della Corte il discorso potrebbe essere parzialmente diverso; non essendo questa la sede per un tale approfondimento si rinvia al dibattito dottrinale, in cui si segnala l'ampia e approfondita ricostruzione di PERINI, *Il seguito e l'efficacia delle decisioni*, cit.

<sup>(110)</sup> CHELI, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 303, che così continua: «compito della Corte è giudicare la norma, qualunque sia il grado di concretezza ad essa inerente, mai il fatto sotteso alla norma» (p. 304). Per ciò che attiene agli sviluppi attuali del sistema (che per alcuni renderebbe difficile la distinzione fra l'oggetto del giudizio del giudice comune rispetto all'oggetto del giudizio costituzionale) e alla sua inclinazione verso un modello diffuso, cfr. AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di Malfatti, Romboli e Rossi, Torino, 2002.

<sup>(111)</sup> GRASSI, *Interpretazione adeguatrice e applicazione diretta*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 735. Nello stesso senso DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, p. 47, secondo cui il processo costituzionale è «un giudizio su norme che solo indirettamente ed eventualmente, nel caso di accesso incidentale, incide su posizioni soggettive». La prassi, sulla quale v. la serie degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* curati da Romboli ed editi da Giappichelli con cadenza triennale dal 1990, ha però spostato l'asse del giudizio di costituzionalità, in moltissimi casi, dalle norme ai principi, dal confronto tra norme al «bilanciamento» tra diversi interessi e valori sottesi alle norme. Altre deviazioni dal modello hanno riguardato l'arricchimento della tipologia delle sentenze, lo spostamento del giudizio dalle disposizioni alle norme, concepite come possibili varianti contenute nella stessa disposizione, e l'avvicinamento al giudizio di merito attraverso il sindacato di ragionevolezza.

sovraordinate, mancando (o essendo comunque marginale) il caso concreto, si potrebbe dubitare della possibilità di estendere gli schemi concettuali che si sono ritenuti essere validi per leggere il fenomeno dell'utilizzazione del precedente all'interno della giurisdizione ordinaria. Ma le decisioni della Corte costituzionale, nonostante la minor importanza che in esse assumono i fatti del giudizio *a quo*, vengono comunque pronunciate in relazione a un caso (cioè la questione oggetto dello stesso giudizio *a quo*) e quindi posseggono sempre una *ratio decidendi*: tale *ratio* sarà però tendenzialmente formulata più in termini di principio che non di attinenza specifica ai fatti della causa, per cui la sua utilizzazione per risolvere una successiva questione di costituzionalità non potrà che essere frutto di un'operazione interpretativa che lascia un margine ancora maggiore di discrezionalità nel considerare la similitudine fra le questioni <sup>(112)</sup>. Inoltre, anche il concetto stesso di *ratio decidendi* va inteso in maniera meno stringente: andrà considerato come *obiter dictum* esclusivamente lo «svolazzo» dell'estensore, mentre altre considerazioni all'interno della motivazione potranno fungere da precedente, proprio per la probabile formulazione in termini più generali conseguente alla minor importanza dei fatti della causa <sup>(113)</sup>.

La maggiore flessibilità nell'utilizzazione della regola è poi conseguenza diretta della natura del parametro del giudizio, formulato spesso

---

<sup>(112)</sup> Per SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule "antiche" (forse troppo) per un processo "nuovo" (ma non troppo)?*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di Ruggeri, Torino, 1994, p. 317, nel «giudizio incidentale sulle leggi, costruito su una continua tensione dialettica tra 'astratto' e 'concreto', la motivazione delle sentenze costituisce il luogo ideale in cui tale tensione si polarizza verso la massima astrattezza, nel dissolvimento del legame con la singola questione. Si può dire che le motivazioni delle sentenze del giudice delle leggi siano naturalmente predisposte a contenere affermazioni che si librano al di sopra del caso concreto».

<sup>(113)</sup> In questo senso ROSELLI, *Massimazione e memorizzazione della giurisprudenza costituzionale*, in *questa rivista*, 1988, p. 491 ss. Per SALAZAR, *Ratio decidendi*, cit., p. 317, «la distinzione *ratio decidendi* - *obiter dictum* tende a perdere ogni valenza prescrittiva, se riferita alle sentenze dei giudici costituzionali». In senso conforme v. anche CALVANO, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, I, 1996, p. 1279 ss., che mette in evidenza come «nel caso della Corte, soprattutto mediante la lettura della sentenze più recenti, è stato possibile invece riscontrare una quasi totale equiparazione tra le *rationes* ed i *dicta* cui la Corte fa riferimento nelle proprie pronunce, ed è anzi rilevabile un'utilizzazione molto frequente degli *obiter dicta*, tesa ad iniziare ad elaborare i principi guida della futura giurisprudenza, o per dare spazio ad opinioni minoritarie che, nelle decisioni successive, trovando maggiore consenso entrano nella sentenza come *rationes decidendi*» (p. 1299).

in termini di principio e quindi bisognoso di specificazione, la quale non può che essere effettuata attraverso procedimenti logici che possono lasciare un grande margine di libertà all'interprete <sup>(114)</sup>: come è stato fatto recentemente notare, «il diritto costituzionale è il regno dei principi, per la banale ragione che una dichiarazione la quale pretende di governare l'intero ordinamento deve divenire astratta a tal punto da poter essere racchiusa in poche frasi»; e, conseguentemente, il carattere distintivo dell'interpretazione costituzionale è stato individuato nel fatto che «il settore costituzionale presenta proprio quella specificità che comporta una frequenza maggiore di particolari tecniche interpretative, sconosciuta in altri settori» (tra cui assumono un'importanza straordinaria il ricorso frequente ai principî, scritti e non scritti, il bilanciamento tra essi e l'ampia utilizzazione del principio di ragionevolezza). Da ciò, necessariamente, la maggiore discrezionalità dell'interprete, visto che «i principi costituzionali, anche quando vengono definiti da qualcuno, sono inevitabilmente inizi di percorsi argomentativi» <sup>(115)</sup>.

Per non parlare poi della natura stessa del giudizio di costituzionalità, quel suo essere snodo elastico, anello di raccordo fra sfera giurisdizionale e sfera politica, al quale consegue una necessità di massima elasticità per ciò che attiene all'esercizio delle funzioni <sup>(116)</sup>.

---

<sup>(114)</sup> Cfr. P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 917. V. anche MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 120, secondo cui «il vincolo del testo normativo, per cui il tenore letterale segna il limite estremo delle possibili varianti di senso ascrivibili alla disposizione, è qui meno stringente a cagione del linguaggio degli enunciati costituzionali, non tecnicizzato, spesso lapidario o incompleto, quando non ambiguo, valutativo in termini vaghi, e quindi dotato di maggiore apertura semantica».

<sup>(115)</sup> Così, G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. pubblico*, 2005, pp. 28 e 29. CONTI, *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 2000, p. 186, sottolinea che «il giudice costituzionale, pacificamente, svolge una attività di interpretazione della Costituzione estremamente elastica, in cui il testo, come disposizione, serve a limitare i significati delle norme che possono essere poste dalla Corte ... L'interpretazione costituzionale nel momento in cui enuncia e pone quali atti di potere delle norme che non sono direttamente ricavabili dalla Costituzione come testo incrina la certezza del diritto»; è evidente l'importanza dell'utilizzazione della dottrina del precedente come correttivo per questa perdita di certezza.

<sup>(116)</sup> Cfr. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 31. Per GRASSI, *Osservazioni sul «nuovo ruolo» della Corte costituzionale nella forma di governo*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. Romboli, Torino, 1991, p. 152, «il processo costituzionale, pur mantenendo l'essenza insita in un preciso metodo, quello giurisdizionale, è irriducibile alle regole generali del processo e ai soli principi della funzione giurisdizionale. Nel giudizio costituzionale è insita una sostanza ed una funzione politica che dice qualcosa di più di una semplice specialità del giudice e del suo giudizio». V. anche ROMBOLI - ROSSI, *Giudizio di legittimità costituzionale delle leggi*, in *Enc.*

Ma queste constatazioni, lungi dal rendere inutile il tentativo di trasporre la metodologia del decidere che si basa sull'utilizzazione del precedente nella giustizia costituzionale, rendono, al contrario, *necessaria* questa trasposizione: proprio l'esistenza di questi ineliminabili margini di discrezionalità «rende necessario che l'organo della giustizia costituzionale tenga espresso conto dei propri precedenti, anziché ignorarli o manipolarli secondo le convenienze di ciascun giudizio; che l'utilizzazione o il superamento dei criteri già applicati formino l'oggetto di chiare e organiche argomentazioni; che i criteri stessi vengano comunque adoperati in modo esplicito, sulla base di ragionamenti controllabili (e eventualmente contestabili) da quanti studiano le decisioni concernenti la legittimità delle leggi» <sup>(117)</sup>. E questo perché «la ragionevolezza regge tutta la costruzione, a meno di teorizzare l'incoerenza e la casualità» <sup>(118)</sup>.

Spostando l'attenzione dalla struttura alla funzione del giudizio di legittimità costituzionale, le conclusioni non possono che essere le medesime: come si cercherà di mostrare, l'adempimento del dovere di osservare il precedente deve essere lasciato alla prudente valutazione della Corte, in ragione del compito suo proprio. Si pensi, ad esempio, alle sentenze di rigetto: di fronte a una nuova questione che abbia lo stesso o analogo oggetto di una precedentemente rigettata, ad una diversa valutazione della Corte sugli stessi elementi, tendente questa volta all'accoglimento, non può certo ostare il precedente rigetto; anzi, si potrebbe sostenere l'esistenza di una sorta di *favor* per l'accoglimento della questione, derivante dalla funzione del giudice costituzionale, che è principalmente quella di

---

*dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, p. 503 ss., secondo i quali «la natura del giudizio di costituzionalità, caratterizzato dal fatto di giudicare su atti tipicamente politici quali sono le leggi, ma di farlo attraverso modi e forme altrettanto tipicamente giurisdizionali, è stata da tempo posta a base del rilevato carattere ambiguo e ibrido della nostra Corte costituzionale» (p. 505).

<sup>(117)</sup> PALADIN, *Ragionevolezza*, cit., pp. 910 e 911. Per MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 109, «l'unità della costituzione non è un concetto sistematico, ma un concetto di scopo, una direttiva ermeneutica di armonizzazione delle norme costituzionali, le quali devono essere interpretate in modo da evitare contraddizioni».

<sup>(118)</sup> G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 30. L'a. prosegue poi precisando che non si vuol dire che «incoerenza e casualità non siano parte della empirica realtà quotidiana», ma che è necessario che gli interpreti cerchino «di portare il massimo di coerenza che il materiale da cui partono consente loro, sulla base appunto delle tecniche interpretative elaborate nei secoli con l'esperienza». Cfr. anche ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 50, secondo cui «il diritto è ordinamento giuridico e questo, per essere tale, deve concepirsi sotto l'imperativo del principio di non contraddizione»; «le interpretazioni ammissibili, conformemente all'idea (e al valore) del diritto come ordinamento, sono solo quelle riconducibili ad una qualche unità sistematica».

affermare e salvaguardare la rigidità della Costituzione <sup>(119)</sup>. Oppure, sempre a titolo esemplificativo, si pensi al caso in cui, sulla base di *rationes* precedentemente poste, la Corte fosse costretta a dichiarare l'incostituzionalità di una norma e tale dichiarazione portasse a una situazione normativa ancor più incostituzionale: in questi casi la Corte deve poter salvare la disposizione per evitare una incostituzionalità più grave di quella già esistente, evitando di applicare la *ratio* enucleata in casi precedenti <sup>(120)</sup>.

Nell'ambito della giustizia costituzionale, quindi, il dovere di non discostarsi dai propri precedenti, se non adeguatamente ed espressamente motivando, deve essere considerato operante sotto forma di «principio della *continuità giurisprudenziale criticamente vagliata*» <sup>(121)</sup>, in ragione delle differenze strutturali e funzionali che caratterizzano tale «giurisdizione» rispetto a quella ordinaria.

Ma anche questa puntualizzazione non vale a negare la funzione e il valore giuridico del precedente della Corte costituzionale, bensì serve a intenderli nel giusto senso; e l'adempimento di tale dovere ha un'import-

---

<sup>(119)</sup> Nota ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., p. 60, che «le decisioni della Corte costituzionale non sono fatti isolati dall'insieme dello svolgimento della costituzione come realtà costituzionale. Il compito della giustizia costituzionale non è l'applicazione formale del diritto costituzionale ai casi, con totale indifferenza di fronte alle sue conseguenze, ma è la riconduzione della effettiva vita costituzionale alle regole della costituzione». Cfr. P. BARILE, *La Corte*, cit., p. 910, che, nell'ambito della dimostrazione tesa ad attribuire alla Corte la natura di organo costituzionale, afferma: «la rigidità della costituzione italiana è stata istituzionalmente concepita come *garantita* dalla presenza e dall'attività della Corte costituzionale». Cfr. anche PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 874 ss., il quale afferma incisivamente che «la Corte assicura la vigenza del diritto costituzionale» (p. 885). V., infine, DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., p. 71, secondo cui «il principale interesse tutelato nel sindacato incidentale è quello, *generale e obiettivo*, alla legalità costituzionale».

<sup>(120)</sup> Per la tesi favorevole a tale modo di operare della Corte, v. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in AA.Vv., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, a cura di Barile, Cheli e Grassi, Bologna, 1982, p. 515 ss. Critico invece appare, nello stesso volume, ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, p. 103 ss.

<sup>(121)</sup> L'espressione è di ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., p. 60. Di «esigenza di stabilire una coerente uniformità nella giurisprudenza che applica la Costituzione» parla CONTI, *Procedere per massime e stare decisis*, in AA.Vv., *Il giudizio sulle leggi*, cit., p. 577. Per DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., p. 25, «è del resto la stessa collocazione della Corte nell'ambito dell'ordinamento, tendenzialmente esente da ogni tipo di interferenza da parte di altri poteri, a rendere ancora più incisivo il dovere di coerenza e di continuità negli indirizzi giurisprudenziali». Cfr., infine, CALVANO, *Lo stare decisis*, cit., p. 1300, secondo cui «è in generale rinvenibile una costante e diffusa attenzione della Consulta per la coerenza e la continuità nella propria giurisprudenza, fenomeno che rende l'analisi circa il rispetto dello *stare decisis* un utile strumento di lettura della giurisprudenza costituzionale».

tanza particolare, ed essenziale, per ciò che attiene alla problematica del fondamento della legittimazione dell'organo, che trova «la sua spiegazione, sul piano sostanziale, nella storia e nella cultura giuridica di un determinato paese, in elementi che risultano legati all'accumulazione giurisprudenziale, all'autorevolezza dei precedenti, alla trasparenza degli argomenti addotti a sostegno delle pronunce» <sup>(122)</sup>.

5. – Nell'elencare, in apertura di questo lavoro, le funzioni del precedente si è messo in evidenza come esso abbia grande importanza per rendere effettivo il principio di eguaglianza in sede di applicazione del diritto: permettere infatti che casi uguali o simili abbiano soluzioni diverse può portare a una sostanziale violazione di tale principio supremo. Ma è proprio in relazione a tale funzione che esiste la differenza più grande tra la giustizia costituzionale e quella ordinaria: il giudizio costituzionale incidentale, come si è detto in precedenza, «non verte su *fattispecie* concrete cui applicare norme astratte, bensì soltanto su queste ultime, potenzialmente suscettibili di essere applicate ad un numero indeterminato di casi, presenti e futuri» <sup>(123)</sup>; in ragione di ciò, risulta chiaro che l'adempimento del dovere di decidere conformemente al precedente, nella giustizia costituzionale, solo tendenzialmente e in maniera indiretta potrà avere la funzione di garantire l'eguaglianza, la certezza del diritto e l'affidamento dei soggetti privati <sup>(124)</sup>.

Esso avrà una grandissima importanza, invece, per costruire una teoria dell'interpretazione costituzionale (e dell'argomentazione) razionalmente fondata; come è stato messo in luce, «il testo costituzionale può essere un fattore di certezza se usato per quello che è e che può dare ...

---

<sup>(122)</sup> CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 16. V. anche RODOTÀ, *La Corte, la politica, l'organizzazione sociale*, in AA.Vv., *Corte costituzionale*, cit., p. 509, secondo cui dalla controllabilità dell'agire della Corte può discendere la sua legittimazione democratica. Cfr. infine RUGGERI, *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.Vv., *La motivazione delle decisioni*, cit., p. 23, secondo cui «la migliore risorsa, in fin dei conti, per la democraticità dell'ordinamento davanti alla (ri)conformazione di un diritto costituzionale fortemente lacunoso e ambiguo (e comunque, strutturalmente insufficiente davanti ai *casi*) ad opera della giurisprudenza, sta, a mia opinione, essenzialmente in due cose: a) nella elaborazione di una teoria della giustizia costituzionale chiara e compiuta in ordine alle *tecniche* processuali, di modo che la strumentazione sia adeguata allo scopo e possa essere adoperata con uniformità e costanza; b) nella *doppia coerenza* della sentenza: *interna* (con sé stessa) ed *esterna* (coi precedenti)».

<sup>(123)</sup> DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale*, cit., p. 205.

<sup>(124)</sup> Discorso diverso potrebbe forse essere fatto in relazione al giudizio in via principale e in relazione ai conflitti, dove esistono parti in senso proprio. Ma non è questa la sede per un tale approfondimento.

ma non se ne deve affatto ricavare che alla Corte costituzionale sia precluso un giudizio che non sia strettamente ancorato a questi parametri 'certi': purché esso si svolga con le procedure e le garanzie del discorso razionale, e non con le pratiche esoteriche del 'combinato disposto'»<sup>(125)</sup>. Una procedura argomentativa che preveda l'esame delle precedenti decisioni, la verifica dell'analogia fra le questioni e l'esplicita motivazione nei casi in cui si decida di non far valere la medesima *ratio*, è condizione necessaria per rivestire di razionalità (o quanto meno di ragionevolezza) la nuova decisione<sup>(126)</sup>.

Parallelamente, il precedente può essere utilizzato come «arma» retorica, per convincere i destinatari della decisione della non arbitrarietà della soluzione adottata: la Corte, attraverso l'autocitazione, si dota di un supporto persuasivo capace di conferire estrema solidità agli argomenti utilizzati per decidere<sup>(127)</sup>.

---

<sup>(125)</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 169. Secondo l'a., «laddove le operazioni richieste al giudice non sono giustificabili con argomenti basati sulla 'derivabilità' delle premesse dal 'testo' normativo, l'esigenza di certezza e controllabilità porta ad accreditare la razionalità dell'argomentazione come condizione per conquistare l'«uditorio»» (p. 144). V. anche CONTI, *L'interesse al processo*, cit., p. 257: «fa parte del sistema di giustizia costituzionale, come si è consolidato nel tempo, anche una funzione di perfezionamento del tessuto costituzionale... Questa funzione può esasperare l'anima politica del giudice costituzionale e trova il proprio limite e la propria legittimazione nel metodo giurisdizionale, il linguaggio dei giudici con cui la Corte parla alla sfera politica».

<sup>(126)</sup> Secondo AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., p. 245, una corretta ermeneutica giuridica deve possedere (e utilizzare simultaneamente) un duplice ordine di canoni: in primo luogo i canoni vincolanti l'interprete (nell'ordine usato dall'autore: il «logicamente dedotto», il principio di non contraddizione, l'argomento a contrario, il principio di coerenza); in secondo luogo i canoni vincolanti l'interpretazione (l'esperienza giuridica, la lettura delle dinamiche sociali, il ruolo dei precedenti giurisprudenziali, la capacità persuasiva delle motivazioni, la più lineare riconducibilità dell'operazione interpretativa al parametro del giudizio). Per MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, cit., p. 54, «l'idoneità a stabilizzarsi in vista dell'applicazione a casi futuri è una condizione essenziale di razionalità della decisione». Cfr. anche MARINELLI, *Precedente*, cit., p. 901: «restare nel solco dei precedenti, quando non si riscontri motivo adeguato per distaccarsene, contribuisce così a realizzare quel minimo di certezza che appare coesistente, a sua volta, alle idee stesse di ordine e di ordinamento... Correlativamente, il riferimento ai precedenti si pone come indispensabile per attuare quel minimo di prevedibilità delle decisioni giudiziarie senza il quale sarebbe messo in questione il loro stesso requisito di razionalità».

<sup>(127)</sup> V., in tema, SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, particolarmente il capitolo III. Naturalmente è necessario che la Corte non faccia un uso fraudolento di tale espediente retorico. Per RIGANO, *L'obbligo di motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisio-*



Ma, soprattutto, l'immagine di coerenza che l'uso del precedente contribuisce a creare può avere un ruolo determinante per la legittimazione dell'organo: «la Corte costituzionale ha solo il potere di nominare le cose, ma nessun potere effettivo dal punto di vista della traduzione in realtà di quanto afferma nelle proprie decisioni»<sup>(128)</sup>, per cui è determinante, per la stessa garanzia della rigidità della Costituzione, persuadere gli altri soggetti dell'ordinamento della fondatezza logico-giuridica delle proprie decisioni; altrimenti il giudice delle leggi esporrebbe sé stesso e la Costituzione a una progressiva delegittimazione<sup>(129)</sup>.

Sempre rimanendo nell'ambito funzionale che riguarda la legittimazione dell'organo, il precedente può essere utilizzato come difesa contro le accuse di politicità rivolte alle decisioni della Corte: richiamando altre decisioni che risultano caratterizzate dalla medesima *ratio* nella risoluzione di questioni analoghe si può cercare di arginare la portata delegittimante di questi attacchi; specie qualora esse siano distribuite lungo un ampio periodo di tempo la Consulta può cercare di «smarcarsi» sostenendo che la questione è stata sempre decisa così, essendo dunque indifferente la ragione politica del momento.

L'intrinseca politicità, nel senso alto del termine, cioè nel senso proprio dell'indirizzo politico costituzionale, della funzione di controllo costituzionale, trova il proprio limite e il proprio fondamento nella legittimazione della Corte, ovvero non soltanto sul piano formale della supremazia della Costituzione, ma anche sul piano sostanziale della autorevolezza del giudice costituzionale, che dipende anche da un equilibrato dosaggio fra politica e giurisdizione<sup>(130)</sup>: la dottrina del precedente può rap-

---

ni, cit., p. 286, «per la Corte la motivazione è proprio elemento costitutivo di quell'effetto 'di precedente' sul quale è costruita la trama della giurisprudenza della Corte, e con il quale essa sempre si confronta, sia per dare fondamento alla decisione, sia per dialogare con se stessa e così giustificare eventuali mutamenti di indirizzo».

<sup>(128)</sup> G.L. CONTI, *L'interesse al processo*, cit., p. 258. V. anche AHUMADA RUIZ, *Esperienze che danno vita a comportamenti: costituzionalismo americano ed europeo e controllo di costituzionalità*, in *Riv. dir. cost.*, Torino, 2004, p. 47 ss.

<sup>(129)</sup> Nota, criticamente, R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 140, che le pronunce motivate in maniera poco soddisfacente danno l'idea di un «giudice che ritiene superfluo render conto delle proprie decisioni, che si occupa del dispositivo e non bada a giustificarlo seriamente. La Corte, in questi casi, approfitta della non impugnabilità delle proprie decisioni, svilendo la funzione di organo di garanzia che, proprio per essere sottratto al circuito rappresentanza-responsabilità, dovrebbe rendere intelligibili al 'pubblico' le ragioni delle proprie scelte». Cfr. anche RIGANO, *L'obbligo di motivazione*, cit., p. 285, secondo il quale «la motivazione dell'atto diviene necessaria comunicazione 'politica' delle ragioni dell'esercizio del potere da parte del titolare e fonte di legittimazione».

<sup>(130)</sup> Cfr. CONTI, *L'interesse al processo*, cit., p. 13 ss.

presentare un elemento fondamentale di tale delicato dosaggio e può essere strumento di quel metodo giurisdizionale con cui la Corte parla alla sfera politica <sup>(131)</sup>. Vari autori hanno inoltre evidenziato l'importanza dei precedenti per la costruzione di un compiuto modello di «giurisdizione costituzionale»: i precedenti in materia processuale hanno avuto e hanno tuttora un ruolo particolarmente importante ai fini della determinazione della disciplina del «processo» costituzionale <sup>(132)</sup>.

Infine, il precedente può avere una funzione fondamentale per la realizzazione del valore dell'economia processuale: ad es., all'epoca dello smaltimento dell'arretrato, la Corte utilizzò in maniera pervasiva lo strumento della camera di consiglio nelle materie già coperte da precedenti <sup>(133)</sup>; ed oggi tende costantemente all'utilizzazione di questa procedura per giungere a dichiarare la manifesta inammissibilità o la manifesta infondatezza qualora la nuova questione sia identica o analoga ad altre questioni già decise nello stesso senso <sup>(134)</sup>.

Tale valore può inoltre essere realizzato attraverso la motivazione *per relationem* nei casi identici o simili: qualora venga risolta questione di costituzionalità di una disposizione (o di una norma) già dichiarata incostituzionale, la Corte richiama la propria precedente sentenza per dichia-

---

<sup>(131)</sup> Cfr. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 31. V. anche CONTI, *L'interesse al processo*, cit., p. 188, secondo cui «il giudice costituzionale utilizza il metodo giurisdizionale per controllare e limitare la libertà di scelta dei principi e dei valori che è chiamato ad affermare». Per ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., p. 59, «la configurazione giurisdizionale della natura della giustizia costituzionale ha come corollario la necessità di salvaguardare quanto più è possibile la continuità degli *standards* decisionali. Mutamenti di rotta, pronunce *overruling* troppo repentine e brutali contrasterebbero con l'idea stessa di giustizia costituzionale che, come per qualunque tipo di giustizia, richiede soluzioni eguali di casi eguali».

<sup>(132)</sup> Cfr. PIZZORUSSO, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, p. 211. V. anche l'ampia disamina del problema effettuata da PERINI, *Il seguito e l'efficacia delle decisioni*, cit., particolarmente il capitolo II.

<sup>(133)</sup> Come ricorda CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 40, «negli ultimi anni l'impiego più esteso della camera di consiglio ha certamente favorito la rapidità delle decisioni, specialmente in relazione alle questioni già coperte da precedenti: ma sulle questioni nuove e importanti la collegialità ha sempre funzionato e in forme molto accentuate».

<sup>(134)</sup> V., in argomento, SAITTA, *La camera di consiglio nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2003, p. 7 ss. Nella conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 2004, il Presidente Onida ha fornito il seguente dato: «per le cause di camera di consiglio la media è di 54,01 giorni, mentre per le cause di udienza pubblica la media sale ad 81,73 giorni. In buona sostanza, il periodo che occorre, mediamente, per decidere una causa trattata in udienza pubblica è pari a circa una volta e mezzo (esattamente, al 151,32%) rispetto a quello necessario per decidere una causa trattata in camera di consiglio».

rare la manifesta inammissibilità della questione; la dottrina ha comunque notato che in questi casi, più che motivare *per relationem*, la Corte richiama la propria sentenza precedente perché i suoi effetti determinano l'inammissibilità per assenza dell'oggetto del giudizio <sup>(135)</sup>.

Nel caso in cui venga sollevata invece una questione coincidente per oggetto, parametro e motivi con altre già dichiarate infondate, la Corte si serve della motivazione della precedente decisione per dichiarare la manifesta infondatezza della questione <sup>(136)</sup>.

Si è pure notato che «la tecnica della motivazione *per relationem* può soccorrere con particolare efficacia nei casi in cui la Corte costituzionale non voglia (ancora) discostarsi da un orientamento precedentemente adottato, ma allo stesso tempo non voglia radicare più profondamente un indirizzo precedentemente seguito» <sup>(137)</sup>.

Infine, la Corte suole richiamare i propri precedenti nei casi di pronunce su questioni analoghe ma non identiche, perché «in essi rinviene i *principi* giurisprudenziali applicabili a un intero gruppo di casi» <sup>(138)</sup>.

L'uso di tale tecnica è invece assolutamente criticabile qualora la Corte motivi esclusivamente *per relationem* richiamando precedenti inconferenti o parzialmente differenti senza argomentare adeguatamente sulla portata del principio richiamato. Così come «appaiono criticabili altresì le motivazioni che si appellano al principio senza contestualizzarlo al nuovo

---

<sup>(135)</sup> V. CARTABIA, *La motivazione per relationem nelle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni*, cit., p. 258 ss. V. anche BARTOLE, *Ricorso alla regola stare decisis o sommarietà della motivazione? (a proposito dei meriti della trattazione nella stessa udienza di giudizi concernenti questioni simili)*, in *Giur. cost.*, I, 1986, p. 1247 ss.

<sup>(136)</sup> Nella conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 2004, il Presidente Onida, a proposito delle sentenze di rigetto (par. 11.2, cap. 1), ha ricordato che «le decisioni di rigetto sono state adottate, in grande maggioranza, con la forma dell'ordinanza di manifesta infondatezza» e che «in questo tipo di decisioni, sono state frequenti le occasioni in cui la Corte si è espressamente rifatta a rationes decidendi di sue precedenti pronunzie». Secondo CARTABIA, *La motivazione per relationem*, cit., p. 270, il richiamo ai precedenti come elemento o sostituto della motivazione è giustificato «solo a condizione che si rispetti un connotato essenziale del principio dello *stare decisis*: a condizione, cioè, che si versi nell'ambito di questioni coincidenti sotto tutti i profili a quelle precedentemente decise»; «di fronte a casi analoghi, ma non del tutto sovrapponibili ai casi decisi in passato non è ammissibile che le decisioni siano motivate esclusivamente *per relationem*: i precedenti potranno giuocare un ruolo, anche importante, nella decisione e nella giustificazione, ma non potranno esaurire la motivazione della Corte».

<sup>(137)</sup> Così CARTABIA, *La motivazione per relationem*, cit., p. 270.

<sup>(138)</sup> Ancora CARTABIA, *La motivazione per relationem*, cit., pp. 274 e 275. L'a. però sostiene che in questi casi non ci dovrebbe essere motivazione *per relationem*.

caso: tutto ciò che di ‘nuovo’ compare nella decisione della Corte richiede una motivazione esplicita» <sup>(139)</sup>.

Al termine di questa analisi funzionale della dottrina del precedente per ciò che attiene alla giurisprudenza costituzionale, si può concludere sottolineando che essa, se consapevolmente e correttamente utilizzata, può avere un ruolo fondamentale come elemento di «salvaguardia della continuità e della ‘certezza’ giurisprudenziale (su cui si fonda la credibilità del ruolo assegnato alla Corte e l’affidamento dei suoi utenti)» <sup>(140)</sup> e, quindi, come elemento della sua legittimazione nel sistema della nostra forma di governo.

6. – Parte della dottrina ha da tempo chiarito che «la Corte usa comunemente rinviare alle sue precedenti pronunce, per motivare in tutto o in parte le nuove decisioni» <sup>(141)</sup>, sottolineando che «una conoscenza anche

---

<sup>(139)</sup> CARTABIA, *La motivazione per relationem*, cit., p. 275. Secondo RIGANO, *L’obbligo di motivazione*, cit., pp. 288 e 289, «è insomma la logica complessiva del giudizio di costituzionalità che, essendo permeata dal principio di ragionevolezza, impone la completezza della motivazione». «Dall’insufficienza della motivazione deriva un *deficit* di legittimazione della Corte, perché essa, così agendo, rinuncia al pieno adempimento del ruolo attribuitole dalla Costituzione (argomentando per assurdo, ma al solo fine di meglio chiarire, si potrebbe assumere che la mancanza assoluta della motivazione, pur non privando di effetti la sentenza, metterebbe la Corte fuori dal sistema costituzionale)».

<sup>(140)</sup> CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., p. 25. Per CARTABIA, *La motivazione per relationem*, cit., p. 269, «la coerenza e la stabilità della giurisprudenza, l’autorevolezza e il prestigio della Corte, la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni sono tutte preoccupazioni che non possono essere estranee alla Corte costituzionale, anche qualora non si riconoscesse al precedente forza giuridicamente vincolante». Secondo CALVANO, *Lo stare decisis*, cit., la Corte utilizza il precedente ampiamente e diffusamente, e tale utilizzazione *deve* esercitare un’influenza costante rivolta al mantenimento dell’equilibrio nel sistema: «altrimenti nessuno potrà garantire il ‘custode della Costituzione’, ove questo non sia consapevole ed attento alle ripercussioni del proprio operato sugli altri soggetti e le loro rispettive funzioni nell’ordinamento. Con ciò non si vuole certo auspicare l’assunzione di un atteggiamento ‘immobilista’ da parte della Corte, cioè conservatore dell’esistente tramite un pedissequo rispetto dei propri precedenti anche quando questi non siano più adeguati alle mutate coordinate socioeconomiche, o si siano semplicemente rivelati inadeguati a risolvere le questioni da cui promanavano. Sarebbe opportuna invece l’utilizzazione critica di tali precedenti, disattendendoli ove necessario mediante la tecnica del *distinguishing*, sempre nell’ottica della ‘esigenza di escludere un coinvolgimento della Corte in operazioni politiche puntuali, del mantenimento di *trend* giurisprudenziali coerenti e non oscillanti a seconda di ragioni occasionali, dell’esercizio di una funzione di prospettiva che risulterebbe immiserita dal coinvolgimento immediato in questioni politiche particolari» (pp. 1330 e 1301).

<sup>(141)</sup> CARTABIA, *La motivazione per relationem*, cit., p. 262. L’a. evidenzia che questa possibilità deriva dal fatto che le decisioni della Corte sono facilmente accessibili e, di conse-

superficiale della giurisprudenza costituzionale basta a mostrare come la Corte soglia adeguarsi alla regola che prescrive ad ogni giudice – secondo l'enunciazione della dottrina – di decidere: *a)* dopo aver ricercato i precedenti della questione, adoperando tutti i possibili strumenti di informazione; *b)* citando i precedenti medesimi in motivazione, onde far conoscere il proprio consenso o dissenso; *c)* motivando quest'ultimo in modo proporzionato al numero e all'importanza dei suddetti» <sup>(142)</sup>.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, quanto la Corte sia consapevole di obbedire a un dovere, pur «trasfigurato» in principio come detto in precedenza, e quanto ci sia di casuale in tale atteggiamento.

Per rispondere a questo interrogativo può essere utile richiamare dichiarazioni di alcuni protagonisti della storia della Consulta <sup>(143)</sup>: nel 1988 il Presidente Francesco Saja dichiarò che la Corte aveva provveduto «alla attenta e omogenea massimazione di una giurisprudenza più che trentennale, rendendo così possibile il preciso e rapido riscontro delle precedenti decisioni». A cosa potrebbe servire questo preciso e rapido riscontro nel caso in cui la Corte non sentisse di *dover* osservare il proprio precedente?

Lo stesso Saja, l'anno successivo, si esprime in questi termini: «la possibilità di una rapida e completa conoscenza della giurisprudenza costituzionale sarà di grande ausilio anzitutto alla stessa corte, per la coerenza logica e sistematica delle sue pronunce, ma anche a tutti gli operatori giuridici, alla stampa, sempre sensibile ai problemi costituzionali, ed alla collettività intera». Quindi, come si è sostenuto in precedenza, la stessa Corte conferma l'importanza dell'utilizzazione della dottrina del precedente per costruire una teoria dell'interpretazione costituzionale (e dell'argomentazione) razionalmente fondata.

Nel 1997, Renato Granata, esprimendosi in polemica rispetto ad accuse di politicità mosse verso talune pronunce della Corte, sottolineò che l'interpretazione costituzionale viene sviluppata «nella ponderazione scrupolosa dei principi e dei valori consacrati nella Carta costituzionale e

---

guenza, è comunque sempre soddisfatta l'esigenza della chiara e generale conoscibilità delle motivazioni delle decisioni.

<sup>(142)</sup> Così ROSELLI, *Massimazione e memorizzazione*, cit., p. 492.

<sup>(143)</sup> I testi delle conferenze annuali sullo stato della giustizia costituzionale di seguito citate sono consultabili al sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). CALVANO, *Lo stare decisis*, cit., p. 1300, parla di una «consapevolezza che i giudici costituzionali hanno avuto, ed hanno, relativamente alla circostanza per cui 'dall'insieme delle *rationes decidendi* (della Corte) nasce un diritto pretorio, con tutta l'autorità tipica di questo diritto, non certo di imporre *ex lege* il vincolo delle motivazioni, ma di influire sulla reale vita dell'ordinamento, affiancandosi se non alle leggi in sé, al diritto come vive e come viene usato dai giudici'».

nella attenta considerazione della propria giurisprudenza, che tali principi e valori ha via via interpretato ed applicato» <sup>(144)</sup>.

Cesare Ruperto, nel 2000, ha precisato la maniera in cui la Corte procede: «la giurisprudenza costituzionale si sviluppa, di regola, secondo linee di accrescimento o di maturazione rispetto a principi consolidati, ma i *revirements* sono sempre possibili, così come le messe a punto di anteriori statuizioni». Ciò, oltre a confermare che il rispetto del precedente è per la Consulta la regola e lo scostamento l'eccezione, pare pure confermare il contenuto del dovere così come ricostruito in questo lavoro.

Infine, Gustavo Zagrebelsky, in un recentissimo lavoro, ha avuto modo di rimarcare che «l'altissimo valore attribuito al precedente è tale che talora si preferisce confermarlo, anche quando possano apparire ragioni per superarlo o rovesciarlo, o siano cambiate le condizioni (ad esempio la composizione della Corte) in cui esso fu stabilito. Vale l'esigenza di continuità. Si tratta, pur nell'insoddisfazione per la singola decisione, di salvaguardare un'esigenza più elevata, la stabilità del principio giuridico e la prevedibilità della sua applicazione; alla fine, si tratta di salvaguardare il carattere di un organo che 'dice', non che 'crea' il diritto» <sup>(145)</sup>.

7. - Alla fine di queste pagine, può essere utile riassumere la sequenza logica che ha portato ad attribuire valore giuridico al precedente della Corte costituzionale: si è in primo luogo delimitato il concetto di precedente, verificando (se pur sommariamente) le somiglianze e le differenze che si riscontrano nella sua utilizzazione nei diversi sistemi giuridici; si è poi ricercato nel nostro ordinamento il fondamento positivo del valore di precedente delle sentenze della Corte di Cassazione e lo si è ritrovato nell'art. 3 Cost. (che è base per un'interpretazione sistematica delle disposizioni richiamate: art. 65, r.d. n. 12 del 1941, e artt. 51, 363, 374 e 384 c.p.c.), sia sotto il profilo dell'eguaglianza che sotto quello della ragionevolezza; in conseguenza di tale operazione interpretativa si è poi sostenuta la pos-

---

<sup>(144)</sup> Nello stesso senso v. PALADIN, *Le fonti*, cit., p. 115, secondo cui «è incontestabile, comunque, che il momento interpretativo, consistente in una lunghissima e articolatissima serie di precedenti formati dalla stessa Corte costituzionale, assume una netta preminenza rispetto al momento costitutivo, approvativo della clausola in esame».

<sup>(145)</sup> ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, p. 83; e questo perché «la Costituzione, in sé e per sé, non esiste infatti se non come morto pezzo di carta. Essa vive delle sue interpretazioni. Onde, interpretarla in un modo invece che in un altro, mutare un'interpretazione precedente o addirittura rovesciarla, significa per l'appunto disporre sulla Costituzione, pur lasciandola inalterata nel suo aspetto esteriore di testo scritto» (p. 30). V. anche, in particolare, i riferimenti al precedente alle pp. 10, 85, 86 e 87.

sibilità di configurare l'esistenza di un dovere, gravante su ogni giudice del nostro ordinamento, di non discostarsi dai propri precedenti (e da quelli dei giudici superiori), se non per serie ragioni da esplicitare in motivazione.

Si sono poi messe in luce le peculiarità della giustizia costituzionale rispetto alla giurisdizione ordinaria, concludendo che il dovere di cui si è parlato, nella «giurisdizione» costituzionale, tende a trasfigurarsi in principio «della continuità giurisprudenziale criticamente vagliata» <sup>(146)</sup>: la Corte costituzionale *deve* quindi osservare il proprio precedente (in ragione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della ragionevolezza, visto che l'eguaglianza di trattamento di casi uguali è un'esigenza che tende ad assumere un'importanza secondaria nella giustizia costituzionale) <sup>(147)</sup>, anche se la conformazione dell'azione del giudice delle leggi a tale principio è rimessa alla *prudencia iuris* della stessa Corte, che ha una discrezionalità sicuramente maggiore nella valutazione delle somiglianze e delle differenze fra le questioni, rispetto ai giudici ordinari, in ragione della natura dell'organo, della sua funzione e della posizione che esso occupa nella nostra forma di governo.

Si è visto poi come, sotto l'aspetto funzionale, il rispetto di tale principio sia fondamentale per costruire, attraverso ragionamenti giuridici coerenti e controllabili, un diritto costituzionale vivente razionale e intimamente coordinato, e quindi, in definitiva, per dare credibilità e legittimazione all'operato del giudice delle leggi.

Infine, si è notato come la Corte sia ben consapevole dell'esistenza di tale principio richiamando le dichiarazioni di alcuni presidenti.

Di fronte a una prassi che non sempre vede la Corte (specialmente in alcune materie) osservare diligentemente il principio che si è ritenuto essere esistente (e che essa stessa sembra considerare esistente), è comunque sempre sottoscrivibile l'invito che autorevole dottrina ha rivolto alla

---

<sup>(146)</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *La giustizia*, cit., p. 60.

<sup>(147)</sup> Ricostruisce in maniera profondamente diversa tale dovere SALAZAR, *Ratio decidendi*, cit., p. 305 ss. L'a., dopo aver negato che nel nostro ordinamento sussista un dovere giuridico, per i giudici, di seguire il precedente, argomentando sulla base dell'esistenza dell'art. 101, comma 2°, Cost., arriva a sostenere che solo la Corte costituzionale è soggetta a questo dovere: «proprio l'art. 137, ult. cpv., Cost. – in apparenza irridente all'eterna domanda: *quis custodiet et ipsos custodes?* – può essere invocato per enucleare la regola della 'ragionevole' coerenza con se stessa quale *habitus* necessario per la Corte, dal momento che il divieto di impugnazione delle decisioni non venne concepito certo per legittimare il capriccio dispotico di un organo mostruoso. La Corte si rivela perciò l'unico giudice – davvero *sui generis* – nell'ordinamento italiano per il quale si possa individuare un referente costituzionale a sostegno dell'imposizione di fedeltà al proprio precedente» (p. 311).

Consulta: occorre che la Corte «tenga conto delle catene di precedenti formati in ogni campo dalle sue stesse sentenze; e non se ne discosti senza argomentare a fondo sulle ragioni che la inducono a rettificare i propri indirizzi giurisprudenziali. Solo a un tale patto quella giurisprudenza risulterà controllabile, sulla base di costruttivi confronti fra la giustizia costituzionale, la letteratura giuridica e la pubblica opinione» <sup>(148)</sup>.

---

<sup>(148)</sup> PALADIN, *Le fonti*, cit., p. 150. V. anche ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, cit., p. 87, secondo cui «le contraddizioni giurisprudenziali non giovano alla reputazione della Corte. Ma non bisogna tuttavia eccedere nel tentativo di argomentare una continuità quando non c'è o di nascondere una discontinuità quando invece c'è. Talora gioverebbe di più all'autorevolezza della Corte indicare esplicitamente l'orientamento che muta o, addirittura, si trasforma in un contro-orientamento, che non cercare ipocritamente di nascondere il mutamento di indirizzo attraverso un uso non obbiettivo dei precedenti, come se ci si vergognasse di dire quel che si fa». Cfr. infine CALVANO, *Lo stare decisis*, cit., p. 1300, che, dopo aver messo in evidenza il pervasivo utilizzo del precedente da parte della Corte, fa notare però che, in alcuni casi, l'attenzione al precedente «si tramuta spesso, come detto sopra, in reticenza relativamente ai *revirement* che si compiono, atteggiamento che porta la Corte a motivare inadeguatamente decisioni che invece rappresentano svolte, snodi importanti della giurisprudenza costituzionale».



